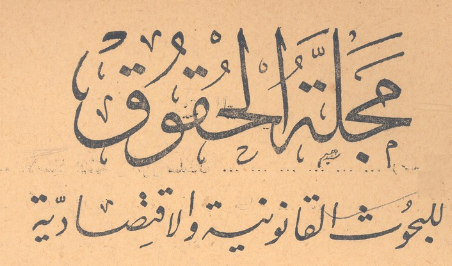


تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

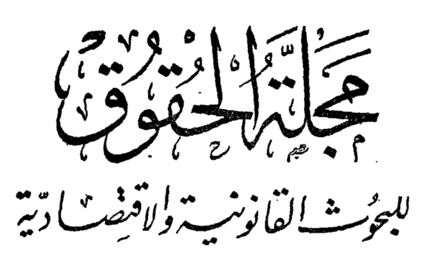
مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الحادية عشرة (١٩٦١ - ١٩٦٢)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٦٣

لجنة التحرير



تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الحادية عشرة (١٩٦١ – ١٩٦٢)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٦٣

الفهرس

صفحة

مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية

(فى العصر الحديث)

بقلم

الدكتور عبد الحميد متولى

أستاذ القانون الدستورى والأنظمة السياسية
بكلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

مقـــدمة عامة

المنهج العلمي للبحث – نجد الكثيرين من المؤلفين حين يتصدون لدراسة النظام السياسي (أو نظام الحكم) في الاسلام لا يمهدون لتلك الدراسة بأن يبحثوا أولا المبادىء الدستورية في الشريعة الاسلامية، كما نجد الذين يتصدون منهم لدراسة هذه المبادىء لا يمهدون لدراستها بالبحث أولا عن مصادر هذه المبادىء في الشريعة، أي عن "أدلة الأحكام الشرعية" كما يطلق عليها عادة لدى الكثير من علماء الشريعة. إن دراسة هذه المصادر – فيما أعتقد – يجب أن تكون نقطة البداية لكل بحث علمي جدي بصدد النظام السياسي الاسلامي أو بصدد المبادىء الدستورية في الشريعة الاسلامية:

(أولا) لأن كثيراً من أوجه الخلاف بين الباحثين بصدد ذلك النظام أو هذه المبادىء انما يرجع كنهها في الواقع الى أنهم يختلفون – من حيث هم أحيانا لا يشعرون – حول مصادر أحكام تلك المبادىء الدستورية، كما أن هذا الخلاف في جوهره وفي الواقع من أمره انما يرجع الى أنهم لم يعنوا بأمر الدراسة العلمية الجدية لتلك المصادر، ولو أنهم عنوا بأمرها لزال الكثير من وجوه الخلاف، ولربما نجا العالم الاسلامي كذلك من غير القليل من الفتن والحروب التي أثارتها تلك الخلافات الدستورية (١).

---

(١) «فالخلاف الذي نشأ مثلا بين الامام علي بن ابي طالب ومعاويه انما كان في جوهره خلافا حول مسألة دستورية هي: من لهم حق اختيار الخليفة؟ هل هم أهل المدينة وحدهم، أم حق الاختيار للمسلمين عامة؟ وقد نجم عن هذا الخلاف أن ظهرت فرق مذهبية مختلفة هم «الخوارج» و«الشيعة» وغيرهم، ونجم عن ظهور الخوارج قيام حروب بينهم وبين الامام علي أولا، وبينهم وبين الأمويين ثانياً، ونجم عن ظهور الشيعة حروب انتهت بقيام الدولة العباسية راجع في ذلك مؤلف الأستاذ محمد أبو زهرة (أستاذ الشريعة الإسلامية سابقاً بكلية الحقوق بجامعة القاهرة): «المذاهب الاسلامية» (طبعة ١٩٥٨ ص ٢٣، ٢٤)

(ثانياً) لأن الشريعة الاسلامية وان كانت تمتاز على غيرها من الشرائع بأن مصادرها قد عنى ببحثها علماؤها قبل غيرهم من علماء الشرائع الأخرى ، فجعلوا لها علما مستقلا هو علم أصول الفقه ، الا أننا نجد رغم ذلك أنهم انما عنوا ببحث مصادر الشريعة أو " أدلة الأحكام " بوجه عام ، دون أن يعنوا ببحث مصادر كل فرع من فروعها كما هو شأن علماء القانون الوضعي فى العصر الحديث (١)

فيجب ألا يفوتنا أن الشريعة الاسلامية (أو " الفقه الاسلامى " كما يطلق عليها بعض العلماء) تشمل قسمين كبيرين من الأحكام الشرعية :

(ا) " أحكام العبادات " (كالصلاة والصوم الخ) وغير ذلك مما ينظم علاقة الانسان بربه .

---

(١) نلاحظ أن علماء الشريعة القدامى يستعملون عادة اصطلاح «أدلة الأحكام» للدلالة على مانطلق عليه هنا وما يطلق عليه رجال الفقه الوضعى «مصادر الشريعة» . ذلك كان مثلا شأن الامام أبى حامد الغزالى (المتوفى عام ٥٠٥ هجرية) فى كتابه «المستصفى من علم الأصول» (طبعة ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧م) جـ ١ ص ٦٤ وما بعدها على أننا نجد أساتذة الشريعة الاسلامية بكليات الحقوق بمصر يستعملون هذين الاصطلاحين: " أدلة الأحكام " و"المصادر" بمعنى واحد . راجع فى ذلك مثلا المغفور له الأستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب خلاف (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سابقاً) كتابه الشهير : «علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى» (طبعة ١٩٥٢ ص ٨ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٩٠ ، ٢٩٦) وكذلك كتابه «الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح» (طبعة ١٩٥١ ص ١٨ ، ١٩) وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ عمر عبد الله (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية سابقاً) مؤلفه : «سلم الوصول لعلم الأصول» (طبعة ١٩٥٩ ص ١٥٧ حيث يقول : «المراد بأدلة الأحكام المصادر التشريعية التى تؤخذ وتعرف منها الأحكام الشرعية» وراجع كذلك ٢٦٠ من الكتاب المذكور وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية مؤلفه : «المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى» (الطبعة الثانية ١٩٥٩) حيث يتكلم (بصفحة ١٥٠ وما بعدها) عن «مصادر الفقه الاسلامى» . ويلاحظ أن المؤلف – شأنه شأن الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى – يستعمل اصطلاح «الفقه الاسلامى» بالمعنى ذاته الذى نستعمله هنا لاصطلاح «الشريعة الاسلامية» وهو المعنى الذى عرف دائماً عن هذا الاصطلاح فى كليات الحقوق ونجد بعض علماء الشريعة مثل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (شيخ الجامع الأزهر) يستعمل فحسب اصطلاح «مصادر» . راجع كتابه «الاسلام عقيدة وشريعة» (طبعة ١٩٥٩) ص ٣٩٦ ، ٤٧١ حيث وردمانصه : «انقضى عهد الرسول وقد تركز فيه مصدران للتشريع : المصدر الأصلى وهو القرآن والمصدر البيانى وهو السنة ، » ، وفى ص ٤٧٣ نجده يتكلم عن ظهور الاجماع فى عهد الخليفتين أبى بكر وعمر «مصدراً من مصادر التشريع فيما لا نص فيه» .

(ب) « أحكام المعاملات » — ويقصد بها فى الاصطلاح الشرعى جميع فروع القانون بقسميه الكبيرين : القانون العام والقانون الخاص (١) .

ولكن علماء الشريعة لا يفرقون بين القانون العام والقانون الخاص ، وبالتالى لا يفرقون بين فروع كل منهما ، لذلك كان طبيعياً ألا نجدهم يطرقون باب البحث عن مصادر كل فرع من هذه الفروع كما يفعل رجال الفقه الوضعى الحديث ، الذين تخصص من بينهم فريق فى كل فرع من فروع القانون العام ، وفروع القانون الخاص ، فبحثوا ثم قدموا لنا مصادر كل من القانون الدستورى والقانون الادارى والقانون الدولى العام وغيره من فروع القانون العام ، ومصادر كل من القانون المدنى والقانون التجارى وغيره من فروع القانون الخاص ، اذ يجب ألا يفوتنا أن المصادر تختلف باختلاف فروع القانون ، فمصادر القانون الدستورى مثلا تتلخص :

(أولا) فى التشريع الدستورى (أو الدستور) ويلحق به بعض القوانين العادية (كقانون الانتخاب) .

(ثانياً) العرف (مع ملاحظة أن العرف الدستورى يختلف عن العرف العادى أى المعروف فى القانون الخاص ، (كما سنبين ذلك تفصيلا فيما بعد).

---

(١) الأحكام العملية — يطلق على هذين القسمين : العبادات والمعاملات أصطلاح « الأحكام الشرعية العملية » ، أو « الأحكام العملية » وذلك على سبيل الايجاز — وهذا لأنها تتعلق بما يعمله الأفراد (سواء كانت أقوالا أم أفعالا) ، بخلاف «الأحكام الاعتقادية» التى لا تتعلق بما يطلب من الأفراد أن يعملوه بل بما يجب أن يعتقدوه ويؤمنوا به (كالأيمان بالله ورسله واليوم الآخر) فهذه لا تعد من بحوث الشريعة الاسلامية (أو الفقه الاسلامى) وانما هى من بحوث علم الكلام (أو التوحيد) فالأحكام العملية هى ما يقصد بالفقه أو باصطلاح «الأحكام» حين تذكر دون وصف آخر — راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٠ — ٣٢ ، ٢٩٣ ، وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٧ — ١١ .

والقانون الادارى له مصادر أربعة : التشريع والعرف والقضاء والفقه(١) والقانون الدولى العام له مصادر أصلية ثلاثة : العرف ، والمعاهدات الدولية ، ومبادىء القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة ، وهناك مصادر ثانوية (يقضى النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية بالمادة ٣٨ بأن ترجع محكمة العدل اليها اذا لم تسعفها المصادر الثلاثة الأصلية) وهى أحكام المحاكم ومذاهب كبار فقهاء القانون العام فى مختلف الأمم (٢)

والقانون المدنى فى مصر له مصادر ثلاثة : التشريع ثم العرف ثم الشريعة الاسلامية — هذا فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، أما المصادر للقانون المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية فهى تتلخص فى الدين ، أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين (٣)

---

(١) يلاحظ أنه لا يقصد بالتشريع هنا القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية فحسب ، و لكن المقصود جميع القواعدالقانونية المكتوبة ، وبذلك تشمل كلمة « التشريع » هنا : التشريع الدستورى والقوانين العادية واللوائح والقرارات الادارية المختلفة ، فبعض مبادىء القانون الادارى المصرى مصدرها نصوص الدستور كالمبادىء الأساسية فى تنظيم الادارة المحلية والقواعد المتعلقة بتحديد اختصاصات رئيس الجمهورية والوزراء — راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا : « الوجيز فى القانون الادارى : السلطة الادارية » (طبعة ١٩٦٠ ص ٥٢ — ٥٦)

(٢) يلاحظ أنه يقصد « بمبادى القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة » تلك المبادىء الأساسية التى تستند اليها وتقرها النظم القانونية فى مختلف الدول المتمدينة كالمبدأ الذى يقضى بالتزام كل من تسبب بفعله فى احداث ضرر للغير باصلاح هذا الضرر ، والمبدأ الذى يقضى بالتزام المتعاقد بما تعاقد عليه ، ومبدأ سقوط الحق والتملك بمضى المدة الطويلة — راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ الدكتور على صادق أبوهيف « القانون الدولى العام » (الطبعة الرابعة ١٩٥٩ ص ١٩ — ٢٩)

(٣) يلاحظ أن القانون المدنى المصرى قد أوجب (بالمادة الأولى الفقرة الثانية) — فى حالة عدم وجود نص تشريعى ولا عرف ولا مبدأ من مبادىء الشريعة الاسلامية — الحكم بمقتضى « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . ويرى بعض رجال الفقه فى المدنى بحق «أن الاحالة على مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » لا تخلق من هذه المبادىء وتلك القواعد مصدراً رسمياً بالمعنى الاصطلاحى الدقيق ، فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل . راجع فى ذلك مؤلف الأستاذ الدكتور حسن كيره « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ — ١٩٦٠)ص ٢٧٤، ٢٧٥ وسوف نعود الى هذه النقطة بغير قليل من الشرح والتفصيل ، وذلك بصدد بحثنا عن القياس وهل يصح أن يعد فى عداد المصادر .

أما علماء الشريعة الاسلامية فأنهم — كما قدمنا — لم تتجه أنظارهم الى بحث مصادر كل فرع من فروعها ، ففكرة التخصص فى كل فرع من فروع الشريعة كانت ولا زالت غير معروفة لديهم ، وانما نجدهم يذكرون " المصادر " أو " أدلة الأحكام " للشريعة الاسلامية بوجه عام (أى بمختلف فروعها) فهم يقررون أن ثمة مصادر متفقاً عليها وهى أربعة : القرآن والسنة ، والاجماع ، والقياس ، وأن ثمة مصادر مختلفاً عليها بين علماء الشريعة أهمها : العرف والاستحسان والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى الخ ..

خطة البحث وأهدافه — ان الذى يهدف اليه هذا البحث انما هو الاجابة عن سؤالين ، وذلك لمعرفة أمرين هامين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية (التى تقررت فى صدر الاسلام أو فيما تلاه من العهود الاسلامية) نقول هل تعد جميعا ملزمة لنا فى هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند — كما هو معلوم — الى مصدر من تلك المصادر " أدلة الأحكام " السالفة الذكر ، لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزماً لنا فى عصرنا سوى بعض من تلك الاحكام فما هو ذلك البعض ؟ (١) .

(الأمر الثانى) حين يريد المشرع فى بلد اسلامى أن يضع لبلده فى عصرنا هذا دستورا مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية أو متفقاً مع أحكامها فهل يغدو واجبا عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعاً ؟ واذا تقرر أنه لا يلزم الا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟

---

(١) نقصد « بالأحكام الشرعية الدستورية» تلك الأحكام (أو القواعد القانونية) التى تتعلق بما نسميه اليوم « القانون الدستورى » أى تلك الأحكام التى تبين نظام الحكم وحريات الأفراد أو حقوقهم الأساسية ازاء الدولة .

أن هذا هو ما عنيناه بعبارة "فى العصر الحديث" التى أضفناها الى عنوان هذا البحث ، ذلك لأن الذى يعنينا من أمر هذا البحث ليس الجانب التاريخى أى أنه ليس هو التمهيد لمعرفة المبادىء أو الأحكام الدستورية التى كان يقوم على أساسها النظام السياسى فى صدر الاسلام وماتلاه من تلك العهود الاسلامية التاريخية ، انما الذى يغنينا ويهمنا هنا انما هو تمهيد الطريق لأولئك المشرعين أو الباحثين الذين يحاولون أن يقيموا أو أن يستنبطوا فى العصر الحديث نظاما سياسياً اسلامياً أى نظاماً من أنظمة الحكم مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية . ومما لاريب فيه أن الجانب التاريخى لايمكن اغفال أمره ولا يصح أن تنكر أهمية شأنه ، ولكنه ليس هو الهدف الأساسى أو الأول لهذا البحث الذى ستكون معالجته كذلك فى بعض مواضعه من ناحية القانون المقارن ، وذلك حيث نرى فى ذلك جدوى ، وحيث نرى الى ذلك سبيلا :

تقسيم — أن هذا البحث يتطلب منا — فيما نرى — أن نقسمه الى البحوث التالية :

(أولا) خصائص الشريعة الاسلامية .

(ثانياً) نبذة موجزة عن المصادر أو "أدلة الأحكام" كما بينها علماء الشريعة الاسلامية من الأصوليين .

(ثالثاً) ومما يتصل بما تقدم : البحث فيما يراه بعض علماء المستشرقين من أن القانون الرومانى يعد من مصادر الشريعة الاسلامية.

(رابعاً) مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى العصر الحديث .

المبحث الأول

خصائص الشريعة الأسلامية

يختلف التشريع الاسلامى عن الشرائع الأخرى الوضعية المعروفة فى العصر الحديث اختلافاً كبيراً ، فهو يتميز بكثير من الخصائص التى ينفرد بها دون غيره من الشرائع .

وفيما يلى أهم خصائص ذلك التشريع الاسلامى :

الخاصية الأولى :

ان جزءاً منه تشريع " الهى " والجزء الآخر تشريع " وضعى " سنه مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم وكبار الأئمةالمجتهدين والخلفاء أو الولاة استنباطاً من نصوص التشريع الالهى وروحها (١) .

ويشمل ما يطلق عليه "التشريع الالهى" :

(أولا) الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن .

(ثانياً) الاحكام الشرعية الواردة فى السنة — على أن الأمر فيها موضع خلاف . ومما يجب ملاحظته أن موضع الخلاف بين الفقهاء انما هو بصدد الأحكام الشرعية التى تصدر عن الرسول "حيث لايكون وحى" أما "حيث يكون وحى" فلاموضع للخلاف فى أن ما يصدر عن الرسول فى هذه الحالة يعد تشريعاً الهياً.

(١) ان هذه الأحكام الشرعية التى يستنبطها أولئك المجتهدون « وان كانت تعتبر (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) تشريعاً الهيا باعتبار مرجعها ومصدرها الا أنها تعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين فى استمدادها واستنباطها » راجع فى ذلك « علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٧٩

ونجد بصدد الحالة الأولى (أى " حيث لا يكون حى " ويكون تشريع الرسول ثمرة اجتهاده) رأيين مختلفين :

(ا) (الرأى الأول) يقول أنصاره ان اجتهاد الرسول اما أن يكون تعبيراً عن الهام إلهى ، وإما أن يكون ثمرة بحث الرسول ونظره ولكنه مع ذلك ملحوظ برعاية الله له ، فان جاء صواباً أقره الله عليه وان جاء غير صواب رد الله رسوله الى الصواب فيه ، ذلك هو ما يراه الأستاذ الشيخ خلاف (1)

(ب) (الرأى الثانى) ويرى البعض الآخر من علماء الشريعة أن الرسول كان — فيما وراء الرسالة — انسانا ، فكانت له العصمة فيما أرسل به للناس من قبل الله من وحى ، وكان له حكم الانسان المجتهد فيما أتى به من قول أو فعل بعد ذلك أى حيث لايكون

---

(1) وتفسيراً لذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق ص ٢٨٥) « أن الأحكام الاجتهادية التى لم يلهم الله بها الرسول بل صدرت عن بحثه ونظره هى أحكام نبوية بمعانيها وعباراتها ، وهذه لا يقره الله عليها الا اذا كانت صوابا ، وأما اذا لم يوفق الرسول فيها الى الصواب فان الله يرده الى الصواب » . ويفهم من ذلك أن اجتهاد الرسول على نوعين :

(ا) فتارة يكون اجتهاده تعبيراً عن الهام إلهى ، أى أن الرسول اذا أخذ فى الاجتهاد الهمه الله حكم ما أراد معرفة حكمه .

(ب) وتارة يكون اجتهاده «ببحثه ونظره ولكنه ملحوظ برعاية الله» أى أن الرسول يجتهد ويدلى بالرأى أو بالتشريع لا عن طريق الالهام الالهى وانما عن طريق البحث وإعمال الفكر والنظر فيما تمليه المصلحة بما يتفق وروح الاسلام ، على أن هذا النوع الثانى من الاجتهاد وأن لم يكن الله قد ألهم به الرسول الا أنه تعالى لا يقر الرسول عليه الا اذا كان صواباً ، فاذا لم يوفق الرسول الى الصواب فان الله يرده الى صواب الرأى . ويذكر الأستاذ الجليل الشيخ خلاف تأييداً لرأيه الحادثة الشهيرة عن غزوة تبوك ، وهى تتلخص فيما يلى :

استأذن بعض المنافقين رسول الله أن يتخلفوا عن الاشتراك معه فى غزوة تبوك ، فأذن لهم رغم ضعف أعذارهم ، فنزلت الآية القرآنية التى عاتبه الله فيها ووجه بها اليه الخطاب قائلا : « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » . (وقد ذكرنا خلاصة هذه الحادثة نقلا عن كتاب « اجتهاد الرسول » للأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر شيخ كلية اللغة العربية بالأزهر — طبعة ١٩٥٠) .

وحى ، ولذلك كان لاينجو أحياناً من الخطأ ، وشأنه فى ذلك شأن غيره من الأنبياء والرسل ، ولذلك فقد وردت غير قليل من الآيات القرآنية التى يعاتب فيها الله رسوله على رأى رآه (١) .

النتائج المترتبة على اعتبار جزء من التشريع ذا صبغة الهية : تترتب على هذه الصبغة الالهية نتيجتان :

(الأولى) أن الشريعة تعنى بصلة الفرد بربه بخلاف القانون الوضعى ، بل أن الشريعة لتعنى بهذه الناحية أكبر عناية ، ولذلك يقدم بحث العبادات على غيرها من مختلف بحوث الشريعة الاسلامية (٢) .

(الثانية) أن الجزاء على مخالفة أحكام الشريعة ليس فحسب دنيويا (كما هو الشأن فى القوانين الوضعية) ، بل هو كذلك أحيانا جزاء أخروى . ومما تجدر الاشارة اليه أننا لا نستعمل هنا كلمة " الجزاء " بمعناها الضيق

---

(١) راجع فى ذلك كتاب « فجر الاسلام » للمرحوم الاستاذ أحمد أمين (عميد كليه الآداب بجامعة القاهرة سابقاً) الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٣٣ حيث يقول : أن هذا ما يراه أكثر الفقهاء أو على حد تعبيره « أكثر الأصوليين » من أن الرسول « كان يجتهد برأيه حيث لا يكون وحى ، وأنه كان أحيانا يخطىء فى رأيه ، واستدلوا على ذلك بأنه عوتب من الله بصدد تصرف له خاص باسرى غزوة بدر ... الخ — وراجع كتاب الأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى « اجتهاد الرسول » حيث يقول : « لم يكن رأيه عليه السلام فيما اجتهد فيه يمثل الصواب دائما ولا محل رضاء الله تعالى عنه دائما كذلك ، كما أن تصويب الخطأ فى رأيه من المولى جل شأنه ، أو منه عليه السلام أو من صحابته ، لم يكن دائما أبدا عقب ظهور الرأى مباشرة ، بل قد كشفت الأيام عن خطأ هذا الرأى فى بعض الأحايين ، أو كان سبباً فى أن عاتبه عليه مولاه جل شأنه ، وقع التصويب بعد فترة زمنية تقصر وتطول ، مما لا يدع شكا فى أن الرسول يجوز عليه — عدا ما خصه به الله — ما يجوز على أى بشر آخر » . — ويقول المؤلف (فى موضع آخر من كتابه) أن الله قد نسب الذنب للرسول وذلك فى قوله تعالى مخاطباً لرسوله : « واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات »

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ١١٧ للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى .

المعروف فى القانون الجنائى ، بل بمعناها الواسع المعروف فى الفقه الوضعى الحديث (١) .

الخاصية الثانية

ان الأحكام الشرعية فى القرآن جاءت عامة ، أى بصورة كلية ، فهى لا تعنى الا بالكليات دون الجزئيات والتفصيلات ، اللهم الا فى القليل النادر ، وبيانا لذلك يجدر بنا أن نفرق بين نوعين من الأحكام الشرعية :

(ا) العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والمواريث فهذه نجد القرآن قد عرض لبيان أحكامها التفصيلية ، وذلك لأن أغلب أحكام هذا النوع تعبدى ولا مجال للعقل فيه ولا تتطور بتطور البيئات (٢) .

(ب) المعاملات (ماعدا الأحوال الشخصية والمواريث) وهى تشمل القوانين المدنية والدستورية والجنائية الخ (أى الى غير ذلك من مختلف فروع القانون الخاص والعام) وهى التى نعنيها

---

(١) وهو « الجزاء » المعروف لدى الفقه الفرنسى بكلمة Sanction ، ويفضل البعض عليها كلمة « الاجبار la Contrainte » ويقصد به حمل الأفراد جبراً على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختياراً ، وللجزاء أو الاجبار صور مختلفة تختلف باختلاف الزمان والمكان وباختلاف فروع القانون ، فمثلا نجده فى القانون المدنى يتخذ صورة بطلان التصرف أو صورة التعويض . لزيادة التفصيل راجع « أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كيره (المرجع السابق ذكره) ص ٤٦ — ٥٤

(٢) راجع « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ص ٣٣) على أن مما تجدر ملاحظته أنه حتى فى مسائل العبادات لا يعرض القرآن دائما للتفصيلات بل نجده أحيانا يتركها للسنة «ان الله (كما يقول الدكتور طه حسين) يأمر المؤمنين بالصلاة ويأمرهم أن يؤتوا الزكاة ولكنه لا يبين لهم فى القرآن كيف تؤدى الصلاة ولا يبين لهم مواقيتها فى تفصيل ولا يبين لهم عدد الركعات فى كل صلاة ، وانما يعلم نبيه هذا كله بما يلقى فى قلبه من المعرفة ، وعلى النبى أن يعلم الناس مما علمه الله . . . الخ » من كتاب « مرآة الاسلام » ص ١٩٧ ، ١٩٨ للدكتور طه حسين .

فى الواقع بالكلام فى هذه النبذه – فهذه قد اقتصر القرآن بصددها على بيان القواعد العامة الكلية ، ولم يعرض لتفصيلات وجزئيات اللهم الا فى القليل النادر ، (كأحكام المواريث وأحكام الأسرة) وذلك لأن الأحكام الشرعية الخاصة بهذه الجزئيات تتغير بتغير ظروف البيئة والمكان ، وتتطور بتطور ظروف الزمان، فاقتصر القرآن فيها على القواعد العامة " ليكون ولاة الأمر (على حد تعبير الشيخ خلاف) فى كل عصر فى سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم فى حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئى " ، ولقد كان هذا الوضع – كما يقول الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر الشيخ شلتوت – وهو " تفصيل مالا يتغير ، واجمال ما يتغير " احدى الضرورات التى يقضى بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها (١) .

---

(١) راجع « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٣ – وكتاب « الاسلام عقيدة وشريعة » الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (طبعة ١٣٧٩ هـ ، ١٩٥٩ م) ص ٤١٧ حيث يضيف الى ما تقدم قوله : « فليس من المعقول أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والعموم – لتفصيل أحكام الجزئيات التى تقع فى حاضرها ومستقبلها، فأنها مع كثرتها الناشئة من كثرة التعامل وألوانه متجددة بتجدد الزمن وصور الحياة فلا مناص اذا من هذا الاجمال والاكتفاء بالقواعد العامة والمقاصد التى تنشدها للعالم » .

ويقول الامام الشاطبى (فى كتابه «الاعتصام ») مفسراً لقوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى، ورضيت لكم الاسلام دينا »، « فلم يبق للدين قاعدة يحتاج اليها فى الضروريات والحاجيات الا وقد بينت غاية البيان ، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على الكليات موكولا الى نظر المجتهد » – ثم يقول: « ولو كان المراد بالآية الكمال بحسب تحصيل الجزئيات بالفعل ، فالجزئيات لا نهاية لها فلا تنحصر برسوم ، وقد نص العلماء على هذا المعنى فانما المراد بحسب ما يحتاج اليه من القواعد الكلية التى يجرى عليها ما لا نهاية له من النوازل » وكان ذلك نقلا عن كتاب « دولة القرآن » (طبعة ١٩٦١ ص ١٧٥) للشيخ طه عبد الباقى سرور .

لما تقدم نجد أن الأحكام الشرعية قد جاءت فى القرآن (وهو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية) قليلة العدد الى حد بعيد اذ لا يزيد عددها عن نحو مائتين بينما يشمل القرآن نحو ستة آلاف آية (١) .

الخاصية الثالثة

المرونة ومراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام)

هذه ليست فى الواقع خاصية خاصة بالشريعة الاسلامية دون غيرها من الشرائع ، فالمفروض والطبيعى أن كل تشريع من التشريعات يعمل على مراعاة تلك المقتضيات ، ولكننا رأينا أن نعالج بحث هذه الخاصية لأن بعض الناقدين — لا سيما من علماء المستشرقين — يتهمون الشريعة الاسلامية بالجمود أى بعدم مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام) أو « المصلحة » على حد تعبير فقهاء الشريعة الاسلامية .

والواقع — فيما تبين لنا وفيما سنبين للقارىء — أنها أبعد الشرائع عن الجمود ، وأكثرها مرونة وقابلية للملاءمة — وقد تلاءمت فعلا فى بعض العصور — مع مختلف البيئات ومختلف ظروف الزمان والمكان . على أننا يجدر بنا أن نبادر فنقرر أن ذلك الجمود كان فى بعض العصور — ولا يزال حتى فى هذا العصر — من صفات بعض علماء الشريعة الاسلامية وفقهائها ، فكان من ذلك أن خلط بعض الناقدين بين الشريعة وفقهائها أو علمائها فوصفت

---

(١) ذلك هو ما يذكره فقيد العلم الأستاذ أحمد أمين فى كتابه « فجر الاسلام » (الطبعة الثانية) ج ١ ص ٢٦٨ — ويلاحظ أن ثمة خلافا يسيراً بين الباحثين فيما يتعلق بعدد الآيات ، فنجد الشيخ عمر عبد الله (وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة الاسكندرية) يذكر فى بحثه القيم « العرف فى الفقه الاسلامى» ص ٩٨ أن الآيات القانونية فى القرآن « لا تكاد تبلغ خمسة فى المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التى أتبعت فى عد آياته » — وفى بحث بعنوان « الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية بمصر» نشره المستشار الأستاذ على على منصور بمجلة « رسالة الاسلام » السنة الخامسة العدد الأول (يناير ١٩٥٣ ص: ٤٨) يقول أن « الآيات القرآنية التى تضمنت أصول الأحكام على ما أحصاها ابن قيم الجوزيه لا تعلو مائة وعشرين آية من نيف وستة آلاف آية ، أما الأحاديث فخمسمائة من أربعة آلاف حديث » .

ببعض صفاتهم ، وسنة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، وبين الدين ورجال الدين ، واتهام الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها ، واتهام الدين ببعض أخطاء فريق من رجاله ، تلك سنة عرفت منذ سنين عن كثيرين من علماء المستشرقين (١). ذلك كله مما أجملناه قليلا ، سنزيده الآن تفسيراً وتفصيلا .

أسباب اتهام المستشرقين للشريعة الاسلامية بالجمود : يمكننا أن نلخص تلك الأسباب فيما يلى :

١ — لأن الشريعة الاسلامية هى — كما قدمنا — ذات مصدر الهى أى ذات صبغة دينية ، ونجد أن الدين يبدو فى نظر الكثيرين (كما يبدو فى نظر الفقه الحديث) هو والقانون بمثابة ظاهرتين متنافرتين أى غير مؤتلفتين اذ يعد الدين ذا صبغة جامدة ثابتة غير متغيرة ، بينما يعد القانون ذات صبغة متطورة متغيرة ، كما أن الدين يتعلق بضمير الفرد (أو عقيدته) ، بخلاف القانون فهو يتعلق بالمصالح الاجتماعية ، الأول صادر عن الله والثانى عن الدولة (٢) .

---

(١) نذكر فى مقدمة أولئك المستشرقين الذين أشرنا اليهم جرونيباوم حيث يقول « ان القرآن عاد فى أحوال معينة فنسخ وصايا بعينها أنزلت على نبيه مستعيضا عنها بآيات « خير منها أو مثلها » (سورة البقرة الآية ..) فلما انتقل النبى (صلعم) الى جوار ربه قضى على وسيلة هذا التغيير الأساسى أو المسايرة للظروف » راجع فى ذلك كتاب « حضارة الاسلام » تأليف جرونيباوم **Grunebaum** (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاجو ، ورئيس مؤتمر علماء البحوث الاسلامية الذى عقد ببلجيكا عام ١٩٥٣) ترجمة عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه المرحوم الأستاذ عبد الحميد العبادى (طبعة ١٩٥٦) ص ١٨٤ — وراجع كذلك بحث الأستاذ على بدوى المحامى وعميد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً بعنوان" **Relation Historiques et Ethmoloqiques des religions et du droit** " وهو بحث كتبه الأستاذ الكبير وقدمه الى أحد مؤتمرات القانون المقارن فى لاهاى عام ١٩٣١ ونشره بمجلة القانون والاقتصاد (عدد يناير ١٩٣٣) حيث يقول (ص٢٠٢) ماترجمته : « يتبين من التقارير التى قدمها بعض الأساتذة الأجانب الى المؤتمر أنهم يتهمون الشريعة الاسلامية بالجمود وبأنها لا تقبل فى ساحتها أية فكرة جديدة ، والواقع أن هذه فكرة سائدة فى أوروبا منذ أمد طويل »

(٢) راجع بحث الأستاذ على بدوى (المشار اليه) ص ٥ ، وراجع ص ٦ — ٨ حيث يبين أن هاتين الظاهرتين (الدين والقانون) اللتين تعدان اليوم فى نظر البعض متعارضتين لم يكن ذلك شأنهما فى أقدم عصور التاريخ اذ أنهما لم تكونا تعدان سوى شيئاً واحدا يصدر عن مصدر واحد ، فقد كان العرف القانونى صادراً عن المعتقدات الدينية وكان القاضى هو الكاهن .. الخ »

٢ — وكذلك من تلك الأسباب التى دعت أولئك المستشرقين الى ذلك الاتهام أن رجال الفقه الاسلامى لم يفكروا أن ينشروا المبادىء الصحيحة للشريعة الاسلامية باحدى اللغات الأوربية (١).

٣ — ويلتمس بعض علماء الشريعة فى عصرنا هذا المعذرة لبعض المستشرقين فيما ذهبوا اليه ، "لأن نواحى الخصوبة والمرونة فى النصوص التشريعية فى القرآن والسنة (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) نواح دقيقة لا يحيط بها الا من استقرأ تلك النصوص وراض عقله على الاستدلال بها وأنعم النظر فى جملتها وتفصيلها ، ولأن نواحى الخصوبة والمرونة فى سائر الأدلة الشرعية (يقصد المصادر) قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأتربة عليها بسد باب الاجتهاد ، وايجاب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة ، فان هذا عطل استعمال مصادر التشريع فى الاستنباط وحدها (٢) " .

٤ — ونضيف الى تلك الأسباب جهل فقهاء القانون الغربيين (اللهم الا النادر) باللغة العربية التى هى وحدها لأداة التى تمكنهم من الوقوف على آراء رجال الفقه الاسلامى (٣) .

٥ — وأخيراً نضيف الى ما تقدم ما هو معروف عن الكثيرين من المستشرقين الغربيين من تعصب ضد الشرق والشرقيين وأحيانا ضد الاسلام والمسلمين ، وتلك نزعة من شأنها أن تضعف فيهم روح الأنصاف والروح العلمية أى روح حب البحث عن الحقيقة : الأمر الذى أدى ببعضهم

---

(١) راجع بحث الأستاذ على بدوى (المرجع السابق) ص ٢٢

(٢) راجع بحثاً بعنوان : «مصادر التشريع الاسلامى مرنة تساير مصالح الناس وتطورهم» للأستاذ الشيخ عبدالوهاب خلاف ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، بالعددين أبريل مايو عام ١٩٤٥ .

(٣) بحث الأستاذ على بدوى (السابق ذكره) ص ٢٢

الى الوقوع فى هوة بعض أخطاء تعد من الأوليات أى أن وجه الحق أو الصواب فيها يعد من البدهيات ، وحسبنا بيانا لذلك أن نشير الى مارآه بعض أولئك المستشرقين من أن الأفراد فى الاسلام ليس لهم حقوق ازاء الامام (أو الحكام) وأن الطاعة لهم واجبة على الأفراد على الدوام، وألامسئولية على الحكام وأن الخلافة فى الاسلام هى نوع من أنواع الحكومات الاستبدادية الجائرة ، أى المطلقة غير المقيدة ، وغير ذلك مما هو بين فيه وجه الخطأ ، (ومما سيرد فيه الكلام تفصيلا فى موضعه ، وذلك بصدد الكلام عن المبادىء الدستورية فى الاسلام (١) .

ومن أولئك المستشرقين من تذهب به تلك النزعة الى حد انكار أن الرسول كان مثلا أعلى من حيث الخلق القويم بل العظيم ، والى حد انكار صحة الأحاديث جميعاً ، ونسبتها الى الصحابة والتابعين (٢) .

ومنهم من تذهب به تلك النزعة — فى كتاباته عن تاريخ الأزمنة القديمة — الى حد انكار فضل الحضارة الشرقية القديمة على الحضارة اليونانية (التى تعد أصل أو مصدر الحضارة الغربية الحديثة) بل الى اهمال الشرق القديم اهمالا تاما ، أنهم — على حد تعبير المؤرخ الأمريكى والعالم المنصف بريستيد(Breasted) « يريدون قتل حضارة الشرق عمداً لأنهم يريدون اخفاء الحقيقة » (٣) .

---

(١) راجع فى ذلك « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور محمد ضياء الدين الريس (أستاذ التاريخ الاسلامى بكلية دار العلوم) الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٨٧ وراجع فى بيان ما يعمد اليه بعض المستشريقين فى كتاباتهم من العمل على اضعاف الروح المعنوية فى نفوس الشعوب الشرقية الاسلامية وبث روح اليأس فيهم من مقاومة المستعمرين ، راجع فى ذلك كتاب « الحكم الاسلامى الحديث وصلته بالاستعمار الغربى » (طبعة ١٩٥٧ ص ٣٤١ ، ٣٤٢ للدكتور محمد البهى وزير الأوقاف (وأستاذ الفلسفة بكلية اللغة العربية بالأزهر ومدير الجامعة الأزهرية سابقاً) .

(٢) راجع فى ذلك كتاب « فى العقيدة والشريعة » (من سلسلة الثقافة الاسلامية عدد يناير ١٩٦٠) ص ٢٨ ، ٦٢) للأستاذ الشيخ محمد الغزالى حيث عرض لنقد آراء المستشرق جولد تسيهر (مؤلف كتاب « العقيدة والشريعة ») نقدا علميا قوياً .

(٣) راجع فى ذلك كتاب المؤرخ الأمريكى الأخصائى فى التاريخ المصرى القديم : بريستيد Breasted بعنوان The conquest of Civilisation الترجمة العربية له بعنوان انتصار « الحضارة » للدكتور أحمد فخرى (طبعة ١٩٥٥ ص ٣ ، ٤ من المقدمة حيث =

ويجدر بنا فى مقام الختام لهذه النبذة أن نوجه الأنظار الى أننا لا ننكر أن بين المستشرقين بعضاً من العلماء الممتازين المنصفين الذين كتبوا عن تاريخ الشرق أو عن الغرب والشريعة الاسلامية بروح علمية صادقة لا تشوبها شائبة الشبهات أو شائنة الشهوات ، ولكن المقام هنا ليس مقام الكلام عن هذا الفريق من المستشرقين ولا عن المستشرقين بوجه عام ، وانما نحن نتكلم هنا عن ذلك الفريق من المستشرقين الذين يتهمون الشريعة الاسلامية بالجمود (١) .

أما وقد انتهينا من بيان تلك الأسباب فأننا ننتقل الى بيان خطأ اتهام الشريعة بالجمود .

خطأ اتهام الشريعة الاسلامية بالجمود

إن الشريعة انما تقوم — كما قدمنا — على أساس مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أى الصالح العام) أو « المصلحة » فضلا عن مراعاة صالح الفرد فى دنياه وأخراه ، فهى على قسط من المرونة يسمح لها أن تتطور وتتغير طوعاً لتطور وتغير تلك الظروف أو تلك « المصلحة » (٢) . وبيانا لذلك ندلى بما يلى :

= يقول الدكتور فخرى أن الباعث الذى حدا بذلك المؤرخ الكبير النزيه (بريستيد) الى كتابة مؤلفه انما يرجع الى استنكاره لما شهده من أن المؤرخين الغربيين ينسبون مصدر الحضارة الغربية الى اليونان والرومان وحدهم ، ويهملون الشرق القديم اهمالا تاماً » .

(١) راجع كتاب « مآثر العرب على الحضارة الأوربية » للأستاذ جلال مظهر (طبعة ١٩٦٠) . حيث يجد القارىء (ما بين صفحة ١٣ — ٢٠) نبذاً مختلفة مختارة من كتابات عدد غير قليل من المستشرقين المنصفين الذين يشيدون بفضل الحضارة العربية على الحضارة الغربية .

(٢) ان كلمة « **المصلحة** » فى اصطلاح فقهاء الشريعة يقصد بها — فيما يبدو لنا — ما نعنيه عادة بعبارة « الصالح العام » وذلك فى حدود ما ترسمه المبادىء والأحكام التى جاء بها الاسلام راجع فى ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ محمد شلبى « تعليل الأحكام » ص ٢٧٨ حيث ورد فيه أن الغزالى يعرف « المصلحة » بأنها هى « المحافظة على مقصود الشارع وهو خمسة : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم ، فكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة » ثم يضيف المؤلف أن الخوارزمى عرفها أنها « هى المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق » .

١ – **القرآن** – ان الأحكام الشرعية فى القرآن جاءت – كما قدمنا وبينا – بصورة كلية عامة (وذلك فيما عدا الأحكام المتعلقة بالعبادات وما يلحق بها) كما أنها كانت قليلة العدد الى حد بعيد ، وذلك كله حتى تستطيع أن تتلاءم مع ظروف مختلف البيئات فى مختلف الأزمان ، أو بعبارة أخرى حتى تستطيع مسايرة مصالح الناس فى مختلف الأزمنة والأمكنة ، كما أن القرآن يتضمن من الآيات ما يفيد هذا المعنى أو هذا الاتجاه ، كقوله تعالى مخاطباً الرسول : «وما أرسلناك الا رحمة للعالمين» وكقوله : «وما جعل عليكم فى الدين من حرج» وقوله «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» (١) .

ثم أن من المبادىء المعروفة التى جرى عليها القرآن : النسخ ، والتدرج فى التشريع وفى أنواع الأحكام الشرعية ، ونزول الأحكام الشرعية تبعا للحوادث والمناسبات ، ويدل ذلك كله بصورة بينة على أن الأحكام الشرعية تتغير وتتطور بتغير المصالح وتطور الظروف (٢) .

---

(١) ويقول الأستاذ الشيخ شلبى (فى مؤلفه السابق ٢٨٧ ، ٢٨٨) تعليقاً على هذه الآيات الكريمة : «دل الكتاب والسنة اجمالا وتفصيلا على أن المصلحة واجب اعتبارها وطلب من المكلفين تحصيلها» ، وبعد أن أورد تلك الآيات الكريمة نجده يقول: «ومن الرحمة الاذن لهم فى جلب المصالح ودفع المفاسد عنهم ، ومعلوم أن للناس مصالح تتجدد بتجدد الأيام ، فلو وقف الاعتبار على المنصوص فقط لوقع الناس فى الحرج الشديد وهو مناف للرحمة» .

(٢) فأن الله قد **نسخ** فى القرآن بعض الأحكام أى أنه أبطلها أو عدلها حين تبدلت الظروف واقتضت المصلحة ذلك – راجع فى ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ شلبى «المرجع السابق» ص ٣٠٧ وكتاب «اجتهاد الرسول» للشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر (طبعة ١٩٥٠) و«أصول الفقه» للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٠ ، وص ٢٨٤ حيث يقول : «ان من يتتبع آيات الأحكام التى وردت فى القرآن وما رواه المفسرون من سبب نزول كل آية منها يتبين أن كل حكم قرآنى انما شرع لحادث اقتضى تشريعه ، ويتجلى ذلك فى مثل قوله تعالى : «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما» – وعن التدرج فى التشريع يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق ص ٢٨٧) : «أن هذا التدرج كان فى زمن التشريع ، وكان فى أنواع الأحكام التى شرعت ، فالتدرج الزمنى ظاهر من أن الأحكام التى شرعها الله ورسوله لم تشرع دفعة واحدة فى قانون واحد ، وانما شرعت متفرقة فى مدى اثنين وعشرين عاما وبضعة شهور حسب ما اقتضاها من الأقضية والحوادث ، وكان لكل حكم تاريخ لصدوره وسبب خاص=

وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن النصوص القرآنية عللت الكثير مما جاءت به من الأحكام الشرعية ، والتعليل انما ينطوى على بيان ما يترتب على الأخذ بهذه الأحكام من مصالح للناس ، كما أنه ينطوى على مغزى هام : هو أن هذه الأحكام تدور مع تلك المصالح فحيثما توجد المصلحة يوجد الحكم الشرعي ، أى أن الحكم متى تغيرت المصلحة (التى شرع الحكم من أجلها) فأنه يجب تغيير الحكم (١) .

٢ — **السنة** — من الأحاديث المشهورة المأثورة عن الرسول قوله: « لا ضرر فى الاسلام » وأن دفع الضرر أو المفسدة — كما يقول الغزالى — هو نوع من المصلحة (٢) ، ويترتب على ذلك أن الأحكام الشرعية يجب أن تكون مسايرة لمصالح الناس (أو بعبارة أخرى : للصالح العام) متغيرة بتغيرها . ولقد كان الرسول يحكم بتحريم الشىء أو تحليله فيبين له الصحابة ما يلحقهم من الضرر فيرجع عما أمرهم به دفعاً للضرر ، ولا ريب أن من حق الأفراد فى الاسلام أن يتبعوا هذا المسلك القويم . ولقد قال تعالى فى كتابه الكريم : « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة » كما قال : « وما آتاكم الرسول

= لتشريعه ، والحكمة فى هذا التدرج الزمنى أن ييسر معرفة القانون بالتدريج مادة فادة وييسر فهم أحكامه على أكمل وجه بالوقوف على الحادثة والظروف التى اقتضت تشريعها . والتدرج فى أنواع شرع من الأحكام ظاهر من أن المسلمين لم يكلفوا فى أول عهدهم بالاسلام بما يشق عليهم فعله أو مايشق عليهم تركه بل سلك بهم سبيل التدريج ، ففى أول أمرهم لم تفرض عليهم الصلاة خمس فرائض فى اليوم والليلة ركعات محدودة فى كل فريضة بل طلبت صلاة مطلقة بالغداة والعشى .. ولم يحرم عليهم الخمر والميسر ... الخ » — وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ٢٣ ، ٢٤ حيث يقول أن فى هذا التدريج « دفع للحرج عن المسلمين وأخذهم باليسير فى التكالف والأحكام ، وبخاصة أنهم كانوا حديثى عهد بحياة لها أعرافها وتقاليدها التى تختلف فى الكثير منها عما جاء به الاسلام » .

(١) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١١٤ ، ١١٥ حيث يشير كذلك الى ما ذكره الفقيه عز الدين بن عبد السلام (فى قواعد الأحكام » ج ٢ ص ١٢١) « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل» .

(٢) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٠٧ ، ٢٨٨ ، ٣٠٨

فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ولقد كان مما آتانا به الرسول أن نعدل عن الرأى اذا تبينا مضرته .

وحسبنا أن نذكر بيانا لما قدمنا المثلين التاليين :

(ا) لقد نهى الرسول عن أن تقطع يد السارق فى زمن الحرب ، وكان ذلك خشية أن ينتقل السارق الى صفوف الأعداء هرباً من القصاص ، وذلك رغم ما ورد فى القرآن من قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وذلك دون تخصيص لحالة السلم دون حالة الحرب ، ولكن الرسول لم يطبق النص منعاً لضرر أشد » (١) ، ومن المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية المبدأ القائل : « اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف».

(ب) مما رواه البخارى أن قوماً ساءت أحوالهم فذهبوا الى الرسول يستشيرونه فى نحر إبلهم ، فأشار عليهم بذلك ، فلما علم عمر بن الخطاب بذلك ذهب الى الرسول وقال له : « يارسول الله ، ما بقاؤهم بعد إبلهم » ؟ فرجع الرسول عن رأيه ، حين تبينت له وجه المصلحة (٢) .

٣ — الصحابة (فى عهد الخلفاء الراشدين) — كان كثير من الصحابة — بعد وفاة النبى ، فى عهد الخلفاء الراشدين — يتحرى فى استنباطه للأحكام الشرعية المصلحة أو العدالة حيث لا يكون هنالك نص من كتاب أو سنة ، أى أنهم كانوا — على حد التعبير الذائع فى ذلك العصر — « يستعملون الرأى» (٣).

---

(١) « الاجتهاد فى الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ المراغى ص ٤٢ — وراجع كذلك « دولة القرآن » للشيخ طه عبد الباقى سرور ص ١٥٤

(٢) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٢

(٣) مما تجدر ملاحظته أن ذلك لم يكن شأن جميع الصحابة ، فقد كان منهم القليل ممن يتشدد فلا يرى أن « يستعمل الرأى » فكان لا يفتى الا بما ورد فيه نص من كتاب أو حديث ، ذلك مثلا كان شأن عبد الله بن عمر (راجع فى ذلك « ضحى الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ج ٢ ص ١٥٤) . =

ويجب ألا يفوتنا أن ثمة مصادر أخرى من مصادر الشريعة تعد مصدر توسعة فى التشريع كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة .

ولقد كانت شخصية عمر بن الخطاب أبرز شخصيات الصحابة فى هذا الباب ، فهو لم يقتصر فحسب على الاجتهاد أو « استعمال الرأى » حيث لا نص من كتاب أو سنة ، وانما ذهب الى مدى أبعد من ذلك اذ كان يعمد الى الاجتهاد أو « استعمال الرأى » فيبحث عن وجه العدالة أو المصلحة حتى رغم وجود نص من كتاب أو سنة ، فكان لذلك لا يفسر النص طبقاً لحرفيته أى طبقاً لالفاظه وظاهره ، وانما يفسره طبقاً لحكمته أى طبقاً لباطنه ، وهو ما نطلق عليه اليوم « روح التشريع » ولو أدى هذا التفسير الى عدم تطبيق النص — كما كان الكثيرون من الصحابة يمتنعون كذلك عن تطبيق النص — أسوة بما كان يفعل الرسول — اذا تبين ضرر من اعماله أشد من اهماله ، وبيانا لما قدمنا نقدم الأمثلة التالية :

(ا) لم يقف الصحابة عند حد عدم تطبيق حد السرقة (أى قطع يد السارق) فى زمن الحرب كما فعل الرسول ، وانما نجدهم كذلك لم يطبقوا — بطريق القياس — فى زمن الحرب النص القرآنى الذى يقضى بجلد شارب الخمر ، وقد كان الذى ارتكب هذا الاثم أحد أمراء الجيش (أى أحد قواده) (١) .

(ب) عمر والنص القرآنى الخاص « بالمؤلفة قلوبهم » .

= وراجع « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ص ٣٦ ، حيث يقول أن ابن القيم فسر المقصود «باستعمال الرأى » « بأنه ما يراه بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » ، ولا ريب أن ذلك انما يكون فى نطاق حدود المبادىء العامة التى جاءت بها الشريعة الاسلامية ، « والشريعة مبناها وأساسها — كما يقول ابن القيم — على الحكم والمصالح » ، وسوف نعود الى الكلام عن ذلك بشىء من التفصيل حين نعود الى الكلام عن ابن القيم بعد قليل .

(١) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٦ ، و « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين صفحة ٢٣٧ .

من الأحكام الشرعية التى وردت فى القرآن اعطاء الزكاة لمن أطلق عليهم «المؤلفة قلوبهم» ، وذلك فى قولة تعالى : «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ، والمؤلفة قلوبهم» ، ولقد كان الرسول يمنحهم كذلك من أموال غنائم الحرب ، ولقد جرى أبو بكر على هذه السنة مدة خلافته . أما أولئك الذين وصفهم القرآن «بالمؤلفة قلوبهم» فأن منهم من كان مسلماً ضعيف الايمان ومنهم من لم يكن قد أسلم بعد ، ولكنهم كانوا جميعاً قوماً أولى بأس ومكانة بين العرب ، فكان الرسول (ومن بعده أبو بكر) «يتألف قلوبهم» (أى يستميلهم اليه) بالهبات والصدقات ، اتقاء لشرهم وابقاء على ودهم . ولكن عمراً لم يجر على تلك السنة التى جرى عليها أبو بكر ومن قبله الرسول تنفيذاً لحكم شرعى جاء به القرآن ، ذلك لأن عمر رأى أن الحكمة التى أدت الى تقرير ذلك الحكم الشرعى قد زالت ، لذلك قرر أن الحكم يجب أن يزول بزوالها ، بعبارة أخرى أنه عمل بروح النص لا بظاهره أو بحرفيته . أما عن تلك الحكمة فقد كانت حاجة المسلمين فى ذلك الحين الى المعضدين والمؤيدين ، فقد كانوا — فى بداية عهدهم — على ضعف وقلة عدد ، فلما أن أصبح المسلمون ذوى عدد عديد وذوى قوة وبأس شديد رأى عمر أنهم لم يعودوا بحاجة الى المعضدين والمؤيدين من تلك الطائفة التى تدعى «بالمؤلفة قلوبهم» فقد قال عمر عنهم : «ان الله قد أعز الاسلام وأغنى عنهم» — من ذلك يتبين أن عمر قد فسر النص طبقاً لروح التشريع أى طبقاً لحكمته ، لذلك رأى أن يزول الحكم الشرعى لزوال حكمته ، ونزولا على ما تقضى به المصلحة . وعلى ذلك جرى اجماع الصحابة (١) .

---

(١) راجع «السياسية الشرعية و الفقه الاسلامى» ص ١٥ للأستاذ الأكبر الشيخ عبد الرحمن تاج ، و«تعليل الأحكام» ص ٣٧ ، ٣٨ للأستاذ الشيخ شلبى ، و«دولة القرآن» ص ١٥٢ — ١٥٤ للشيخ طه عبد الباقى سرور — ولقد لاحظنا اختلافا يسيراً بين المؤلفين الذين نقلنا عنهم هذه الحادثة ، فبعضهم قدروها باعتبار أن اعتراض عمر قد حدث فى عهد خلافته ، والبعض الآخر رواها باعتبار حدوث ذلك الاعتراض فى عهد خلافة أبى بكر وأن أبا بكر عدل عن خطته ونزل على رأى عمر ، وقد آثرنا الأخذ بالرواية الأولى ، والخلاف بين هاتين الروايتين لا يثير من جانبنا — على أى حال — الا القليل بل الضئيل من الاهتمام فى مثل هذا المقام .

(ج) أن عمر اتبع — فى خلافته — طريقة بصدد تقسيم الغنيمة فى الحرب ، خالف بها الطريقة التى جرى عليها الرسول ، نظراً لما تبين له من أنه لو اتبع طريقة الرسول لأصاب الأمة — فى الظروف التى تحيط به (بعمر) — ضرر كبير (١) .

(د) أن عمر نهى عن قطع يد السارق فى عام المجاعة ، مع أن النص عام شامل لا يفرق بين زمن الرخاء أو زمن القحط والمجاعة ولكن عمر فهم أن الجزاء الشديد لا يبرره الا أن يكون السارق قد سرق لغير حاجة ، أما اذا حل به العوز والجوع فان العدالة تقضى بعدم استحقاقه لذلك الجزاء . تغيرت الظروف فرأى عمر أن يتغير الحكم رغم صراحة النص (٢) .

(هـ) أن عمر نهى — فى بعض الظروف — عن زواج المسلم بالكتابية مع أن أحكام الدين تقر مثل هذا الزواج (٣) .

(و) كان رسول الله يأذن للنساء بالصلاة فى المساجد ، واستمر الحال على ذلك بعد وفاته حيناً من الوقت ، ثم جاء حين من الزمان

= ويجدر بنا هنا أخيراً أن نشير الى ما ورد فى كتاب « الادارة الاسلامية فى عز العرب » للأستاذ محمد كرد على (وزير معارف سوريا وعضو المجمع اللغوى سابقا) ص ٧ عن « المؤلفة قلوبهم » أنهم فى عهد الرسول « أحد وثلاثون رجلا من سادة العرب تألفهم الرسول وتألف بهم قومهم ليرغبوهم فى الاسلام ، وكل منهم سيد فى قومه مطاع فيهم ، فكان منهم العالم والخطيب والشاعر والداهية ، قال صفوان ابن أمية : « لقد أعطانى رسول الله يوم حنين وانه لمن أبغض الناس الى فما زال يعطينى حتى أنه لمن أحب الناس الى » .

(١) ، (٢) راجع فى ذلك للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى رسالة قيمة بعنوان « تعليل الأحكام » عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها فى عصور الاجتهاد والتقليد (طبعت بمطبعة الأزهر ١٩٤٩) ص ٤٨ ، ٦٢

(٣) راجع بحثاً بعنوان : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبى ، نشر بمجلة الحقوق العدد الأول والثانى من السنة التاسعه (١٩٥٩–١٩٦٠) حيث يقول (ص ١٦٩) بأن عمر كتب الى حذيفة لما تزوج يهودية « أن خل سبيلها فانى أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين .

تغيرت فيه أحوالهن وأخلاقهن فاختلفت الصحابة فى أمر منعهن من الذهاب الى المساجد ، ولقد كانت السيدة عائشة أم المؤمنين تؤيد رأى المانعين (١) .

٤ — *التشريع الاسلامى فى العصر الحديث* — ومما يدل على مسايرة الشريعة الاسلامية لمختلف ظروف الزمان وملاءمتها ، لمختلف ظروف البيئة والمكان أننا نجد فى العصر الحديث أن القانون المدنى الذى طبق تحت اسم « المجلة » فى عهد الامبراطورية العثمانية كان عبارة عن تقنين (Codification) لمذهب الامام أبى حنيفة وقد كان مطبقاً منذ عام ١٨٦٩ على رعايا تلك الامبراطورية العثمانية سواء كانوا من المسلمين أو غير المسلمين ، وقد ظل مطبقاً على بعض أجزاء تلك الامبراطورية (سوريا ولبنان) حتى بعد أن زالت عنها السيادة العثمانية وخضعت تحت نير الاستعمار « الانتداب » الفرنسى ، وذلك حتى أدخلت تعديلات جديدة على التشريع هناك عام ١٩٣٢ (٢) — ونجد المسيحيين الذين يقطنون تلك البلاد الخاضعة لذلك «الانتداب » (أو الاستعمار) الفرنسى قد اقتبسوا من المذهب الحنفى الأحكام الخاصة بالمواريث وجعلوها قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بهم (٣) .

ومما يؤيد ما قدمنا أن القانون المدنى المصرى القديم وقد كان مطبقاً على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم وعلى جميع الأجانب على اختلاف

---

(١) راجع البحث السابق ذكره « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص ١٣٥) عن السيدة عائشة أنها قالت : « لو أدرك رسول الله ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل » .

(٢) راجع فى ذلك تقرير الأستاذ العميد على بدوى الى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (السابق ذكره) ص ٢٣

(٣) ذلك هو ما ذكره الأستاذ شكرى قرادحى (وهو مسيحى) فى تقريره الذى قدمه الى المؤتمر بصفته عضواً فيه مندوبا عن بلاده (لبنان) — وقد أشار الى ذلك الأستاذ على بدوى فى تقريره صفحة ٢٣

جنسياتهم ، ذلك القانون ولو أنه كان مقتبساً من القانون المدنى الفرنسى كان يتضمن غير القليل من أحكام الشريعة الاسلامية (١) .

وفى مصر سار العمل لدينا على الأخذ بفقه المذهب الحنفى وحده حتى سنة ١٩٢٠ فى قضاء المحاكم الشرعية (فى شأن الأحوال الشخصية والوقف والحكر) وفى الافتاء . ثم أدخلت على هذا المذهب بعض تعديلات مقتبسة من فقه المذاهب الأخرى (الاربعة) وبخاصة مذهب مالك ، وكان ذلك عام ١٩٢٠ — وقد توالت بعد ذلك القوانين التى خرج بها المشرع عن المذهب الحنفى بل وعن المذاهب الأربعة الى مذاهب أخرى كمذهب الامام ابن تيميه (٢) .

على أننا نجد أنه رغم الغاء المحاكم الشرعية واحالة اختصاصاتها الى المحاكم المدنية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فأن القاضى لا يزال حتى اليوم مقيدا بالرجوع الى فقه مذهب الامام أبى حنيفة (أرجح الأقوال فيه) فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، ولكن ذلك انما يكون فى الحالات التى لم يتناولها تشريع خاص ، وهنالك — كما قدمنا — غير قليل من المسائل (المتعلقة

---

(١) ويضيف الأستاذ على بدوى (ص ٢٣ ، ٢٤) الى ما تقدم أن الأستاذ الايطالى العميد Del Vecchio (مندوب ايطاليا فى المؤتمر) أشار الى « الصبغة العلمية والتقدمية» du caractère à la fois scientifique et progressiste للشريعة الاسلامية ، كما أشار الى ذلك التوازن الذى اقامه رجال الفقه الاسلامى بين ضرورة احترام أحكام الشريعة وضرورة أن يكون التشريع متلائما مع مطالب الحياة المتجددة » .

(٢) فى عام ١٩٢٩ صدر قانون اقتبس كذلك من المذاهب الأربعة اللهم الا فى مسألتين (تتعلقان بالطلاق) فقد خرج فيهما القانون عن المذاهب الأربعة وأخذ فيهما بمذهب ابن تيميه وتلميذه الامام ابن القيم ، وقد كانت هذه أول مرة فيما نعلم — أخذت المشرع لدينا الجرأة فخرج عن دائرة المذاهب الأربعة الى مذاهب أخرى .

وفى عام ١٩٤٣ وعام ١٩٤٦ صدرت قوانين خاصة بالمواريث والوصية والوقف خرج فيها المشرع كذلك عن دائرة المذاهب الأربعة .

راجع فيما تقدم كتاب «المدخل» (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ شلبى ص ٩٧ — ٩٩ .

بالأحوال الشخصية والوقف (خرج فيها المشرع عن دائرة المذهب الحنفى بل وعن دائرة المذاهب الأربعة جميعاً (١) .

ومعلوم أن المادة الأولى من القانون المدنى المصرى اعتبرت مبادىء الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى ثالث للقانون المدنى . وبهذا يعد الفقه الاسلامى من مصادر القانون المدنى ، لأن استخلاص مبادىء هذه الشريعة انما يتم فى الواقع عن طريق الرجوع الى كتب الفقه الاسلامى (٢) .

---

(١) فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الذى سبقت الاشاره اليه) بأن « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » أما المادة ٢٨٠ المذكورة فهى تنص على أنه « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كيره ص ٢٦٤ ، و « المدخل للعلوم القانونية » (طبعة ١٩٦٠) ص ٣٠٤ — ٣٠٦ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى .

(٢) على أنه يجب فى هذه الحالة — كما يقول الأستاذ الكبير الدكتور السنهورى — مراعاة أمرين جوهريين :

« الأمر الأول — هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامى ، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع اليها والأخذ بها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، وبل ولا للتقيد بالمذهب الحنفى فى جملته . ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول انه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ومذهب الامامية ، يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد .

« الأمر الثانى — (كما يقول أيضاً الأستاذ الكبير) هو أن يراعى فى الأخذ بأحكام الفقه الاسلامى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادىء العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى فى جملته . فلا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الاسلامى يتعارض مع مبدأ من هذه المبادىء حتى لا يفقد التقنين المدنى تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة فى الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يضل الباحث فى تفصيلات الفقه الاسلامى ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادىء العامة للتشريع المدنى» راجع مؤلف الأستاذ الدكتور السنهورى « مصادر الالتزام » الجزء الأول ص ٤٩ ، ٥٠ — وكان ذلك نقلا عن كتاب الأستاذ الدكتور البدراوى : « المدخل للعلوم القانونية » ص ٣٤٣ .

ولا يفوتنا أخيراً أن نذكر أننا نجد – بالنسبة للوقف – أن الشريعة الاسلامية تطبق فى مصر فى مسائله على الأجانب والمصريين على اختلاف عقائدهم الدينية ، وذلك لأن الوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ولأنه لا يتصل بالعقيدة الدينية (١) .

الخاصية الرابعة :

الخاصية الرابعة للشريعة الاسلامية أنها ليست ذات صبغة اقليمية ، أو بعبارة أخرى انها ذات صبغة عامة (لجميع البشر) أى عالمية .

هذه الخاصية تختلف الشريعة الاسلامية بها اختلافاً كبيراً عن التشريعات الأخرى الوضعية التى يراعى فيها أنها إنما توضع لدولة معينة تحدد باقليم معين أى ذات حدود جغرافية معينة، فالقانون الوضعى فى كل دولة يسرى على الأفراد فى حدود اقليم معين ، أو على المواطنين الذين ينتمون الى جنسية معينة ، أما الشريعة الاسلامية فهى ذات صبغة عالمية ، اذ أن أحكامها – كقاعدة عامة– انما وضعت لجميع البشر فى جميع الأمكنة ، بل والأزمنة ولذلك جاءت أحكامها (كما قدمنا وبينا تفصيلا) فى المسائل القانونية ذات صبغة كلية «فليس من المعقول – كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والعموم لتفصيل أحكام الجزئيات التى تقع فى حاضرها ومستقبلها » (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك ، ولزيادة التفصيل : « أصول القانون » للدكتور كيره ص ٣١٨–٣٢٦ وكذلك « نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى طبعة ١٩٥٤ ص ١٦٦ – ١٦٨

(٢) «الاسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الشيخ شلتوت ص ٤١٧

ويقول الامام ابن القيم فى مؤلفه « أعلام الموقعين » ص ١٦٤ « أن دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم عامة لمن كان فى عصره ولمن يأتى بعده الى يوم القيامة، والواجب على من جاء بعد الصحابة هو الواجب عليهم بعينه وان تنوعت صفاته وكفايته باختلاف الأحوال » .

ويقول الدكتور محمد البهى (فى مؤلفه السابق ذكره صفحة ١٣٧) « أن هذه المبادىء الاسلامية ليست لها طبيعة التوقيت ولا الخصوص المكانى أو الزمانى فهى للناس كافة وللانسانية فى أزمنتها المتتابعة ، وفى جميع بقاعها ، ومقتضى ذلك أنها صالحة لتناول أحداث الحياة وصبغها بالصبغة الاسلامية وأنها صالحة كذلك لتوجيه الانسان فى الحياة فى ظروف هذه الحياة المختلفة » .

الرد على اعتراض — على أن بعض العلماء يعترض على هذه النزعة العالمية للشريعة الاسلامية ، ويرى أنه اذا صح أن تدين البشرية كلها بدين واحد الا أنه ليس مما تقبله العقول أن نقول بأن العالم يمكن أن يخضع لحكومة واحدة ، وتشريعات واحدة، فذلك يعد أمراً لا يتلاءم مع الطبيعة البشرية ، إذ أن التشريع لا يمكن أن تكون له صبغة العموم أى صبغة عالمية الا اذا كان جميع البشرية تخضع لحكومة واحدة أى حكومة عالمية ، ويرى هذا البعض أن الدين الاسلامى لم يدْع الى وحده الدولة . ذلك هو ما يراه أحد علماء الأزهر الأجلاء الأستاذ الشيخ على عبد الرازق » (١) .

ويبدو لنا أن الأستاذ الجليل قد فاتته أمور كثيرة :

فاته (أولا) أن بعضاً من كبار المفكرين بل والعباقرة فى العصر الحديث (وعلى رأسهم اينشتاين) وبعضاً من كبار الساسة الغربيين (وعلى رأسهم المستر أتلى زعيم حزب العمال البريطانى ورئيس الوزارة البريطانية سابقاً) فى مقدمة من ينادون بضرورة الأخذ بفكرة الحكومة العالمية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة للابقاء على البشرية والمدنية وانقاذهما من حرب عالمية فيها الفناء لهما — فالواقع أن البشرية أصبح عليها فى العصر الحديث أن تختار بين أحد أمرين : اما حكومة عالمية أو حرب عالمية . فكل ما ينادى به ساسة الدول فى العصر الحديث من اجراء مفاوضات أو عقد اتفاقات لتخفيف حدة التوتر الدولى أو لنزع السلاح الخ ، انما يعد ذلك كله فى الواقع نوعاً من أنواع المسكنات لما تعانيه البشرية أو وسيلة من وسائل تأجيل تلك الحرب المرتقبة أى تلك الكارثة العالمية ، ولربما يقدّر لذلك كله

---

(١) راجع «الخلافة وأصول الحكم» للأستاذ على عبد الرازق حيث يقول ص ٧٧ «أن القرآن لم يدع الا الى وحدة فى الدين دون وحدة فى للدولة، لم يدع إلا الى رباط القلب دون رباط السلطان وتكتل الجماعة» — ويقول ص ٧٨ ، ١٠٣ : « معقول أن يؤخذ العالم كله بدين واحد وأن تنتظم البشرية كلها وحدة دينية ، فأما أخذ العالم كله بحكومة واحدة وجمعه تحت وحدة سياسية مشتركة ، فذلك مما يوشك أن يكون خارجاً عن الطبيعة البشرية » .

أن يكون بمثابة التمهيد لاقامة تلك الحكومة العالمية التى هى وحدها – كما قدمنا وكما سنبين تفصيلا – الوسيلة لانقاذ البشرية والمدنية مما يهددهما معاً بالفناء .

كما فاته (ثانياً) أن الأخذ بفكرة قيام حكومة عالمية لا يتعارض بتاتاً مع أن يكون لكل شعب من الشعوب من الأنظمة السياسية والاجتماعية (أى ومن التشريعات) ما يتلاءم مع ظروفه الخاصة، ففكرة الحكومة العالمية – كما ينادى بها بعض كبار المفكرين والسياسيين فى العصر الحديث – انما تعنى تكوين دولة فيدرالية (أو تعاهدية) عالمية . واذا كان قيام دولة فيدرالية صغيرة مثل جمهورية سويسرا لم يكن حائلا دون أن يكون ثمة اختلاف كبير بين أنظمة وتشريعات الولايات cantons المكونة لها فمن باب أولى أن اختلاف الأنظمة بين الدول لا يحول دون قيام حكومة عالمية فيدرالية (١) .

فالقول بأن قيام حكومة عالمية يعد من الأمور التى لا تستسيغها العقول أو من الأمور التى لا تتفق مع الطبيعة البشرية هو قول جانبه الصواب ، وكل ما يصح أن يقال هو أن قيام حكومة عالمية يعد فى الظروف الحالية أمراً بعيد الاحتمال ، ولكن كل ما فى الوجود يتطور ويتغير حتى الصخور كما يقول علماء الجيولوجيا ، ولكم يبين لنا التاريخ أن أمراً من الأمور يعد فى عصر من العصور بعيد الاحتمال بل وقريباً من الخيال، ثم يبين لنا كيف يصبح بعد حين احدى الحقائق الواقعية بعد أن كان من قبل احدى الأمور الخيالية .

---

(١) يلاحظ أن بعض الولايات أو الدويلات السويسرية Cantons (التى يسميها عادة فقهاء القانون الدستورى لدينا خطأً « مقاطعات ») هى ذات نظام « ديمقراطى مباشر »، وعدد تلك الولايات خمسة ، وفى هذا النظام لا يوجد برلمان كما هو معروف وانما تعرض مشروعات القوانين مباشرة على الشعب أو بعبارة أخرى على « جمعية الشعب » التى تتكون من جميع أفراد الشعب (داخل الولاية) ممن يتمتعون بالحقوق السياسية – أما بقية الولايات السويسرية (وعددها ١٧) فأنظمتها هى المعروفة باسم الديمقراطية شبه المباشرة، ونجد فى جمهورية الاتحاد السوفييتى كذلك اختلافا غير يسير بين أنظمة مختلف الولايات فمثلا نجد بعض الولايات المكونة للاتحاد السوفييتى (وعددها ١٦) ذات شكل فيدرالى ، بخلاف غيرها من الولايات .

وفاته (ثالثاً) أن الشريعة الاسلامية انما تنطوى (اللهم الا فى القليل النادر) على قواعد وأحكام عامة كلية وعلى قسط كبير من المرونة يسمح بملاءمتها لمختلف البيئات (كما بينا ذلك تفصيلا فى النبذة السابقة) (١).

وحسبنا هنا أن نذكر أنه بلغ من تلك المرونة أن وجدنا أحد الخلفاء الراشدين (وهو عمر بن الخطاب) كان يرى مراعاة « المصلحة» ولو خالفت النص ، وهو أمر لا نعرف له مثيلا فى الشرائع الأخرى (٢) .

أما القول بأن فكرة « الحكومة العالمية » أصبحت تعد فى العصر الحديث احدى الضرورات التى لا غنى للبشرية لأنها تعد فى الواقع الوسيلة الوحيدة الأكيدة لحمايتها مما يتهددها من فناء، فبيان ذلك تفصيلا مما يخرج عن نطاق دراستنا هنا (٣) .

---

(١) راجع ص ١٨—٢٧

(٢) راجع ص ٢٢—٢٤

(٣) حسبنا هنا أن نشير فى ايجاز الى أن هذه الحقيقة قد بينها بيانا وافيا الكاتب الأمريكى Emery Reves إمرى ريفز وذلك فى كتاب له وضعه فى أمريكا فى ربيع عام ١٩٤٥ وقد ترجم الى الفرنسية وطبع بباريس عام ١٩٤٦ بعنوان Anatonie de la paix (أى « تشريح السلام ») وقد أحدث هذا الكتاب لدى ظهوره هزة كبرى فى البيئات العلمية والسياسية ، فى الدول الغربية، اذ كان ظهوره قبيل نهاية الحرب العالمية الأخيرة .

ولقد سبق لى أن لخصت فكرة هذا الكاتب فى محاضرة ألقيتها بالفرنسية بعنوان: Le Gouverne-ment mondial (« الحكومة العالمية ») فى جمعية مصر — أوربا بالاسكندرية فى فبراير سنة ١٩٤٩ . وتتلخص فكرة هذا الكاتب فى أن قيام حكومة عالمية هو السبيل الوحيد لمنع الحروب « ان الحروب لا يرجع مصدرها — كما يقول — الى العوامل الاقتصادية أو الدينية أو السياسية أو النفسية أو الجغرافية ، كما يقال عادة . ان هذه العوامل ما هى الا عوامل لها أثرها ولكن بصورة غير مباشرة ، وهى وحدها أو بعضها أو مجتمعة كلها غير كافية لانفجار بركان الحروب . أما العامل أو السبب المباشر والأساسى لاضرام نيرانها فانما يتلخص فى وجود وحدات قومية لكل منها سيادة فوق بقعة معينة من الأرض و بناء على ذلك لكل منها جيش خاص بها خاضع لها، و بعبارة أخرى أن ذلك العامل أو السبب المباشر الأساسى يتلخص فى وجود دول ، فهذه الدول لابد أن تحدث بينها منازعات ، ولا بد أن تؤدى هذه المنازعات الى حروب ، ويبين لنا التاريخ أن حروبا نشأت قديما بين مدن Cités كما نشأت بين أقاليم (تعد اليوم بمثابة محافظات أو أجزاء من قطر =

الخاصية الخامسة :

هى التيسير والتخفيف – هذه الخاصية من خصائص الشريعة الاسلامية هى ما يعبر عنها أحيانا فقهاء الشريعة « بنفى الحرج » (١) وتنبىء عن هذه الخاصية كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية يذكر عادة فى مقدمتها

= واحد من الأقطار) وذلك حينما كانت تلك المدن أو الأقاليم تكون كل منها دولة ذات سيادة مستقلة وذات جيش خاص بها ، فلقد نشبت فيما مضى حروب بين انجلترا واسكتلندا ، كما نشبت بين بروسيا وساكس saxe ، ولقد انتهت تلك الحروب فى اليوم الذى تكونت فيه حكومة عليا هى حكومة انجلترا فى الحالة الأولى وحكومة ألمانيا فى الحالة الثانية . وكذلك نجد أن الحكام الاقطاعيين seigneurs فى القرون الوسطى لم يكفوا عن محاربة أحدهم الآخر الا فى اليوم الذى انتهت فيه سيادة كل منهم ولم يعد له جيش خاص به، وتكونت حكومة عليا فوق أولئك الحكام الاقطاعيين وهى حكومة الملك ، وكذلك فان الحروب لا يمكن أن نطمئن الى زوالها بين الدول الا اذا زالت حكومات تلك الدول وسيادتها وتكونت فوقها حكومة عليا هى الحكومة العالمية التى تملك وحدها جيوشا تحت سلطانها » . تلك هى خلاصة فكرة ذلك الكاتب الأمريكى . ويجدر بنا هنا أن نبدى الملاحظات التالية :

(أولا) يبدو لنا أنه وان كانت فكرة هذا الكاتب فكرة سليمة قويمة الا أننا نلاحظ أنه يخلط بين الوسائل وبين الأسباب أو العوامل، فلم يكن من صواب الرأى ما ذكره من أن الأسباب أو العوامل الاقتصادية أو السياسية الخ هى عوامل « غير مباشرة » لانفجار بركان الحروب ، أما العامل المباشر لانفجار بركانها هو قيام دول لكل منها جيش خاص بها أو بالايجاز وجود جيوش . والصحيح أن تلك العوامل هى عوامل « مباشرة » ، وأن الجيوش ليست الا مجرد أداة أو وسيلة لقيام الحروب ، فوجود تلك العوامل أو الأسباب دون وجود الوسيلة لا يؤدى بداهة الى قيام الحروب. فلو أنه أمكن القضاء على الجيوش (أو أمكن ما يطلق عليه اليوم « نزع التسلح ») لأمكن بلا ريب أن نأمن قيام الحروب .

(ثانياً) نلاحظ أن القائلين بانشاء حكومة عالمية لا يقصدون بذلك أن تحكم العالم دولة من الدول الكبرى ، انما يقصدون أن تحكم دول العالم سلطة عليا على مثال تلك السلطة التى تحكم دولة فيدرالية (تعاهدية) ، بعبارة أخرى أنهم يقصدون أن تكون دول العالم دولة واحدة فيدرالية بحيث تصبح الدول الحالية مجرد دويلات أو ولايات فى تلك الدولة الفيدرالية العالمية .

(ثالثاً) نلاحظ أخيراً أن ذلك الكتاب ظهر قبل اختراع القنبلة الهيدروجينية ، والصواريخ عابرة القارات وغيرها ، ولعل فى اختراعها وما تحمله فى طيها من دمار للعالم ومن هلاك للغالب والمغلوب ، لعل فى ذلك الخطر المشترك أو الخطر العالمى ضماناً لتحقيق حلم « الحكومة العالمية » ولطالما حققت الأيام ما كان يعد يوما حلما من الأحلام .

(١) راجع « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدنى (عميد كلية الشريعة) ص ٤٨

الآيتان الكريمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » . ان هذين النصين (أو هاتين الآيتين) يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الاسلامى — كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى — فأذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدى الوقوع فى الحرج كان واجبا (كما يقول) ألا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وانما يطبق ذلك النص العام الموجب لنفى الحرج (١) .

ومن قواعد الفقة « المشقة تجلب التيسير » ، « اذا ضاق الأمر اتسع » (٢) .

وأن من فقهاء الشريعة من يذهبون الى أبعد من ذلك فيقولون بأن أمراً أوجبه الشرع قد ينقلب الى أمر يحرمه الشرع اذا ترتب على تنفيذ هذا الأمر حرج أو أذى أو فتنة (٣) .

---

(١) « الاجتهاد فى الاسلام » ص ١٥ للأستاذ الأكبر الشيخ المراغى

ويذكر عادة الى جانب هاتين الآيتين الكريمتين آيات أخرى تنبىء عن هذه الخاصية (خاصية التيسير والتخفيف أو « نفى الحرج ») منها قوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفاً » ، وقوله : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » — ومن الأحاديث النبوية التى تذكر بهذا الصدد قول الرسول : « عليكم من الأعمال بما تطيقون » — ولقد أوصى الرسول معاذا وأبا موسى الأشعرى حين وليا القضاء بقوله : « يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا » .

كما ورد فى الحديث النبوى « ...فأذا أمرتكم بشىء فخذوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه » .

راجع فيما تقدم « علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الاسلامى » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٨٩ ، وكتاب « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدنى ص ٨٥ ، « وتعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ محمد شلبى ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، وكتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤ ص ٣٤٧) .

(٢) تعليل الأحكام (المرجع السابق) ص ٣٠٤ — وراجع « المستصفى فى علم الأصول » للامام الغزالى (طبعة ١٩٣٧ ج ١ ص ١٣٨) حيث يقول : « المشقة سبب الرخصة » .

(٣) « وسطية الأسلام » (المرجع السابق) ص ٨٦ — ويضيف المؤلف الى ذلك قوله « أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبان ، ولكن اذا كان انكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض الى الله ورسوله فأنه لا يسوغ انكاره » .

والواقع أننا اذا أخذنا بالمصادر المعروفة فى الشريعة الاسلامية — فضلا عن القرآن والسنة — (كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة الخ) بمثل روح المرونة وسعة الأفق التى كان يستهدى بها كبار الصحابة والفقهاء حتى عصر كبار أئمة المذاهب الفقهية ، لما وجدنا — كما يقول بحق بعض علماء الشريعة — فى الفقه الاسلامى حرجا ولا مشقه (١) .

أمثلة — وهناك أمثلة كثيرة تدل على أن الأحكام الشرعية تأخذ بهذه الخاصية أو بهذا الأصل من أصول الشريعة الاسلامية : نذكر منها أن الله شرع الصيام ورخص فى الفطر للمسافرين والمرضى ، ومنها أنه حرم أشياء فى حال السعة وأباحها فى حال الضرورة ، كأباحة أكل لحم الخنزير والميتة وغيرها من المحرمات فى حال الضرورة (٢) .

وفى ناحية المعاملات نجد اليسر شاملا ، فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية يجب إتباعها ليكون العقد صحيحا كما كان الأمر عند الرومان ، بل تكفى فى هذا رغبة المتعاقدين فحسب كما هو معلوم .

ومن باب التيسير فى المعاملات أيضا إبتناء كثير من الأحكام على العرف الصحيح شرعا .

---

(١) راجع فى ذلك البحث السابق الاشارة اليه « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص ١٤٦) : « اذا ما جاوزنا دائرة النصوص (يعنى القرآن والسنة) ويممنا نحو المصادر الأخرى التى تدخل فى تفسير النصوص وجدناها واسعة الرحاب تجعل من الفقه الاسلامى فقها واقياً بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان جليلة فن اجماع الى قياس الى استصلاح الى استحسان الى غير ذلك .

« وهذه المصادر لو استعملت على وضعها السليم الذى سار عليه الرعيل الأول من فقهاء الاسلام من لدن الخلفاء الى عصر تكوين المذاهب الفقهية لما وجد العاملون بهذا الفقه حرجا ولا مشقة ولما ضاق عندهم عن تقبل كل جديد معقول » .

(٢) فى المثال الأول وردت الآية الكريمة : « ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ، يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وفى المثال الثانى وردت الآية الكريمة : « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ، أن الله غفور رحيم » — راجع فيما تقدم « وسطية الاسلام » (المرجع السابق) صفحة ٨٥ ، ٨٦

وفى باب العقوبات نجد أن منها مايسمى « بالحدود » وهى عقوبات الزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر ، صيانة للنسل والعرض والمال والعقل . وفى هذا نجد الرسول يقول : « إدرءوا الحدود بالشبهات ما إستطعتم » ، وفى بعض الروايات « إدرءوا الحدود عن المسلمين ما إستطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فان الإمام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » (١) .

الخاصية السادسة — روح الاعتدال

أحكام الاسلام تسودها روح الاعتدال ، فهى تنبذ التطرف وتحبذ التوسط بين الأطراف . وقد وردت الكثير من الآيات القرآنية فى مواضع مختلفة تشيد بهذه الروح أى بذلك التوسط ، منها قوله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » . ويقصد « بأمة وسط » أمة لها طابع الاعتدال ، ويقصد بكون الأمة « شهداء على الناس » أن مقاييسها هى المقاييس الصحيحة وسننها هى السنن القويمة .

ومن تلك الآيات قوله تعالى : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط » (٢) .

ومن تلك الآيات التى تأمر بالأخذ بروح الاعتدال قوله تعالى : « يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولاتسرفوا أنه لا يحب المسرفين » (٣) .

---

(١) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٢٩ .

(٢) ومنها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله ...وكلوا مما رزقكم حلالا طيبا واتقوا الله الذى أنتم به مؤمنون » .

وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ محمد محمد المدنى : « ان القرآن الكريم يقرر بهذا مبدأ من أهم المبادىء الاسلامية التى جعل الله بها المسلمين أمة وسطاً ليكونوا شهداء على الناس ، ذلك المبدأ هو مراعاة حق الفطرة الانسانية والنهى عن سلوك السبيل التى سلكها أهل الأديان السابقة أو بعض الفلاسفة ، من تعذيب النفس وحرمانها من الأخذ بما يلائم الفطرة ويحقق المتاع الجسمى الطبيعى ، فالقرآن الكريم يبطل هذا فى قوة وحزم » .

راجع فيما تقدم « وسطية الاسلام » (المرجع السابق) ص ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ٢٠ ، ٢٨ .

(٣) راجع بحث «الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٢٥

المبحث الثانى

مصادر الشريعة الاسلامية

(كما يبينها الأصوليون من علمائها)

تمهيد — ذكرنا فيما تقدم أننا قبل أن نعرض لبحث مصادر المبادىء أو الاحكام الدستورية (أو مصادر القانون الدستورى) فى الشريعة الاسلامية يجدر بنا أولا أن نعرض لبيان مصادر تلك الشريعة كما يبينها علماؤها .

فاذا نحن رجعنا الى علماء الشريعة (أو علماء الأصول) فأننا نجدهم بصدد الكلام عن مصادر الشريعة الاسلامية أو « أدلة الأحكام » (كما يطلق البعض عليها منهم) يذكرون أن ثمة مصادر متفقا عليها ، ومصادر مختلفا بشأنها .

المصادر المتفق عليها والمصادر المختلف بشأنها — أما المصادر المتفق عليها فهى أربعة : القرآن ، والسنة ، والاجماع ، والقياس . أما تلك المصادر المختلف بشأنها بين فقهاء الشريعة فأشهرها ستة : العرف ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى (١) .

والآن ننتقل الى الكلام — فى إيجاز — عن كل من هذه المصادر المختلفة .

---

(١) « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق) ص ٢٠ وما بعدها — و « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ١٥٧ وما بعدها — ومما تجدر ملاحظته أن التقسيم الذى أوردناه هو ماجرى عليه غالبية علماء الشريعة ، اذ يجب ألا يفوتنا أن نذكر أن « المصادر المتفق عليها » لم يخالف فيها الأمن شذ كالاجماع والقياس ، و « المصادر المختلف عليها » لم يتفق علماء الشريعة (الأصوليون) على عددها ، فمنهم من عده ستة ومنهم من جعله تسعة ومنهم من زاد على ذلك — راجع فيما تقدم بحث « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٠٢

الفرع الأول – المصادر المتفق عليها

١ – القرآن

(ا) ملحوظات وبيانات عامة :

١ – القرآن الكريم هو المصدر الأساسى الأول للشريعة الاسلامية، فهذه المصادر الأربعة مرتبة فى قوتها وفقا لذلك الترتيب الذى سبق بيانه: القرآن فالسنة فالاجماع ، فالقياس (١) ، على أن القرآن يعد المصدر الوحيد بالنسبة للعقيدة (٢) .

٢ – ويشار أحيانا الى القرآن بكلمة « الذكر » أو « الكتاب » ، على أن كلمة القرآن أشهر من الكلمتين الأخريتين (٣) .

٣ – ومما تجدر ملاحظته أن الجانب الأكبر من الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن انما نزل فى المدينة (أى بعد الهجرة من مكة) ، أما مكة فلم ينزل بها سوى جانب يسير من تلك الأحكام ، اذ كان القرآن اذ ذاك – فى بداية العهد بالرسالة النبوية – هدفه الأول هو الدعوة الى الإيمان بوجود الله وتوحيده وعبادته ونبذ المعبودات التى كانت تعبد قبل الاسلام ودعوة الناس أن يعملوا حسابا ليوم الحساب وما فيه من ثواب وعقاب . ويلاحظ أن الاحكام الشرعية تبلغ من القرآن ثلثه أو تزيد قليلا (٤) .

---

(١) « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٥٧

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٣٩٦

(٣) أما الاشارة الى القرآن بكلمة « الذكر » فذلك كما فى قوله تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وأنا له لحافظون » ، وأما الاشارة اليه بكلمة « الكتاب » فذلك كما فى قوله تعالى : « كتاب فصلت آياته قرآناً عربياً » – على أن القرآن قد وردت فيه أحياناً كلمة « الكتاب » وكان يقصد بها الكتب السماوية التى نزلت على من سبق الرسول من الرسل (مثل عيسى وموسى) ، كما فى قوله تعالى : « يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم » ، وكما ورد فى شأن عيسى عليه السلام : « قال انى عبد الله آتانى الكتاب وجعلنى نبياً »

وراجع فيما تقدم « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٧ ، و « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٦٣ ، ١٦٤

(٤) « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » (المرجع السابق ذكره) ص ٧٠،٦

٤ — ومما تجدر ملاحظته أيضاً أن القرآن قد دون ونشر على المسلمين كافة بصورة قانونية (رسمية) بحيث أصبح من يسير الأمور على جميع المسلمين أينما كانوا أن يطلعوا على آياته ، ولكن ذلك لم يتم الا فى عهد الخلفاء الراشدين ، أما فى عهد حياة الرسول فأنه وأن كان قد اتخذ كتابا لتدوين ما يوحى اليه من القرآن فأنه كان اذا أوحى اليه بآية أو آيات من القرآن قرأها على المسلمين فكتبها من حضر من كتاب وحيه أو من صحابته ، الا أن هذا التدوين كان موزعا بين الكثيرين فلم تتكون منه مجموعة واحدة ، وقد كان بعضها مدونا على الورق والبعض على سعف النخل ، كما كان البعض مدونا على بعض الأحجار الرقيقة البيضاء .

فلما نشبت حروب الردة فى عهد خلافة أبى بكر وأصبح الموت يهدد الكثيرين ممن يحفظون أو يحتفظون ببعض أجزاء مختلفة من القرآن ، أشار الصحابة على أبى بكر أن يجمع ما دون من القرآن ويكون من متفرقه مجموعة واحدة ، وفى سنة ٢٠ هـ قام الخليفة عثمان بن عفان بكتابة عدة نسخ من هذه المجموعة كما قام بنشرها بين المسلمين (١)

٥ — وأخيراً يلاحظ أن القرآن ولو أنه نزل بلسان عربى مبين الا أنه تضمن بعض كلمات غير عربية ولكنها كانت انتقلت الى العرب نتيجة مجاورتهم واختلاطهم بشعوب أخرى ، وعلى هذا نزل بها القرآن (٢)

(ب) خصائص القرآن

يمكننا أن نلخص أهم الخصائص فيما يلى :

الخاصية الأولى — نزول القرآن تدريجيا حسب الحوادث ومقتضى الحال — نزل القرآن على رسول الله تدريجياً فى مدى نحو اثنين وعشرين

---

(١) لزيادة التفصيل راجع « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٧ — ٢٩٩

(٢) من ذلك كلمة « القسورة » فأنها من لغة الحبشة ويقصد بها الأسد ، وكلمة « القسطاس» فهى من لغة الروم (الايطاليين) ويقصد بها الميزان ، وكلمة «السجيل» فهى من لغة الفرس ويقصد بها نوع من الحجارة — راجع فى ذلك « الاسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٤٠١ ، ٤٠٢

من السنين ، فكل حكم من الأحكام الشرعية الواردة فيه إنما شرع لحادث وقع فتطلب تشريعا ، أو لسؤال وجه الى الرسول فتطلب جوابا ، وفى ذلك اتباع لسنة التيسير ودفع الحرج عن المسلمين وبخاصة أن الاسلام جاء بمعتقدات وأوضاع وأنظمة جديدة لم يكن لهم بها من قبل عهد (١) — على أنه لم يكن من صواب الرأى ما يراه البعض (من الفقهاء الفرنسيين) من أن التشريع الاسلامى لا تجده قد تقرر فى قواعد عامة (كما هو شأن القوانين الوضعية) ، وانما نجده فى قرارات فردية (تنطوى على أوامر أو نواهى) صدرت لمناسبة معينة (٢) « فالواقع أنه رغم صدوره فى مناسبات معينة الا أنه يضع مبادىء وقواعد عامة » .

الخاصية الثانية — من خصائص القرآن أن الأحكام الشرعية الواردة فيه انما جاءت بصورة عاملة كلية (أى أنها لا تعنى بالجزئيات والتفصيلات) اللهم الا فى القليل النادر ، وذلك على وجه التفصيل الذى سبق لنا أن بيناه .

وحسبنا أن نضيف الى ما قدمنا أن ما ورد فى القرآن من قوله تعالى : « مافرطنا

---

(١) نذكر من أمثلة تلك الأحكام الشرعية التى أشرنا اليها قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير » وقوله : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما » — راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٤ ، و « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٩٩ ، « والتشريع الاسلامى » (المرجع السابق) ص ٧

— على أنه يجب ألا يفهم مما تقدم أن جميع ما جاء به القرآن من الأحكام الشرعية العملية كان جديداً مبتكراً ، فلقد كان للعرب من قبل عرف ومعاملات وأنظمة مختلفة ، وقد جاء الاسلام لبعضها مهذبا أو معدلا ، ولبعضها ملغيا أو مبدلا كما أنه أبقى على البعض الآخر اذا كان فى ذلك مسايرة لمصالح الناس وكان لا يهدم أصلا من أصول الدين ، فمن ذلك مراعاة العصبية فى الأرث والولاية ومراعاة الكفاءة فى الزواج — راجع فى ذلك « الاسلام عقيدة وشريعة » للاستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٤٠٩ ، وكتاب « أصول الفقه » ص ٢٨٩ ، ٢٩٠

(٢) راجع مؤلف الأستاذ ميو L. Milliot (أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بباريس) بعنوان « المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية » "Introduction à l'étude du Dr. Musulman" (طبع بباريس ١٩٥٣) ص ١٠٣

فى الكتاب من شىء » لا يقصد به كما يظن البعض أن القرآن قد جاء بأحكام لكل شىء . والصحيح أن القرآن أنما جاء ببيان كل شىء من أمور الدين ، ويقصد بتبيانه لكل شىء أنه أتى بكليات عامة (١) .

الخاصية الثالثة — للقرآن نهج خاص فى مخاطبة الناس وفى بيان الأحكام الشرعية وتعليلها :

ذلك النهج تتلخص أهم مظاهره فيما يلى :

(أولا) نجد القرآن — فى ميدان العقيدة (ميدان الدعوة الى الايمان بالله ووحدانيته الخ) — كان يخاطب قلوب الناس أى عواطفهم ونزعاتهم الفطرية أكثر مما كان يخاطب عقولهم ، لذلك وجدناه لا يستعمل أسلوب رجال المنطق أو الفلسفة فى خطابهم ، فالقرآن لم ينزل من أجل العلماء والفلاسفة وحدهم . فهؤلاء دائما هم قلة ضئيلة ، وانما نزل للناس جميعا ، ويكاد يكون الناس جميعا قد فطروا على الاعتقاد بوجود اله خالق لهذا العالم ، وان اختلفت أسماء الله عندهم واختلفت صفاته فى عقيدتهم (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك كتاب « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للمغفور له الأستاذ الأكبر الشيخ محمد الخضرى حسين (طبعة ١٣٤٤ هـ . صفحة ٣٠) حيث يقول : « معنى تبيانه لكل شىء أنه أتى بكليات عامة وهى معظم ما نزل به ، وفصل بعض أحكام ، وأحال كثيراً من آياته على بيان السنة النبوية ، ثم أن الكتاب والسنة أرشدا الى أصول أخرى كالاجماع والقياس وغيرهما ... الخ »

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين فى مؤلفه القيم « ضحى الاسلام » ج ٣ (الطبعة السادسة ١٩٥٦ ص ١١) . على أننا نلاحظ أن الجماعات البدائية (التى يطلق عليها علماء الاجتماع « العشائر التوتمية » clans totémiques وهى تعد فى نظرهم أقرب الجماعات البشرية الى حالة البداءة والفطرة) لا تسودها مثل تلك العقيدة « بوجود اله خالق لهذا العالم » ، وانما معبودها هو « التوتم » totem والتوتم عبارة عن حيوان أو نبات تعتقد الجماعة (العشيرة) أنها تولدت منه ، أى أنه بمثابة الجد الأعلى للعشيرة كما يعد بمثابة « شارة » بل و« معبود » لها كما أنها (أى العشير) تتخذه اسما لها ، وهذا التوتم هو عادة عبارة عن حيوان أو نبات ، فنجد مثلا فى عشيرة « الذئب » أن كل فرد من أفراد العشيرة يعتقد أن الذئب (وهو التوتم) هو الجد الأعلى للعشيرة كما أنه اتخذ اسما للعشيرة ، كما أن له صبغة مقدسة دينية فهو موضع عبادة العشيرة ، ولكن موضع العبادة فى الواقع ليس هو التوتم ذاته ، وانما موضع العبادة عبارة عن « قوة ... =

ولقد خاطب القرآن هذه النزعة الفطرية بما يحيها وينميها ويقويها ، ويصلح ما قد يكون من فساد الاشراك فيها ، واذا عمد القرآن أحيانا الى الأدلة العقلية فأنه لا يثير المشاكل الفلسفية أو العقلية ، وانما يلجأ الى الدلائل البسيطة التى لا تتجاوز متناول عامة الناس ، كالاستدلال بما هو معروف من تنازع أصحاب السلطان اذا تعددوا « ولو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا » ، وقوله تعالى « ما اتخذ الله من ولد وما كان معه من إله، اذا لذهب كل إله بما خلق ولعلا بعضهم على بعض » (١) .

= عليا » une force suprême حلت – فى اعتقادهم – فى ذلك النوع (espèse) من الحيوان كما حلت فى أفراد العشيرة أنفسهم (إذ أنهم يعتقدون أنهم أنفسهم من أصل التوتم وطبيعته) ، وهذه القوة العليا التى هى موضع العبادة والتى يعتقدونها قد حلت فى التوتم اختلفت اسماؤها باختلاف الجماعات البدائية فهى تسمى باسم شهير تعرف به فى بعض الجماعات وهو « مانا » mana ومانا هى صورة من « الكا » Ka المعروفة لدى المصريين الأقدمين حتى فى عصر الفراعنة . الخلاصة أن التوتم (موضع العبادة) لم يكن يعد – فى عقيدة تلك الجماعات البدائية – خالقا للعالم ، فقد كانت هناك عشائر مختلفة متعددة لها كذلك تواتم مختلفة وكان لكل عشيرة توتم معبود خاص بها.

راجع فى ذلك موضوع « أصل نشأة الدولة » فى أى مؤلف من مؤلفاتنا فى « القانون الدستورى » أو « الأنظمة السياسية » . ولزيادة التفصيل راجع كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » الجزء الأول (طبعة ١٩٥٢) ص ٢٦٨ – ٢٨٢ على أنه يجب ألا يفهم مما تقدم أننا نختلف فى الرأى مع الأستاذ أحمد أمين خلافا كبيراً ، فالواقع أن الخلاف فيما بيننا هو خلاف يسير ، اذ أن الجماعات التى يعنيها هذا الأستاذ الجليل – فيما يبدو – والتى جاء القرآن ليخاطبها لم تكن من طراز تلك الجماعات البدائية الهمجية (العشائر التوتميه) التى تحدثنا عنها والتى تمثل حالة المجتمع فى أقدم عصور البشرية (أى فى عصر ما قبل التاريخ أى ما قبل عام ٤٢٠٠ تقريباً قبل الميلاد) ، والتى يعد أهم مثال لها فى العصر الحديث جماعات الاستراليين الأصليين الهمجيين الذين لا يزالون يعيشون حتى اليوم فى أواسط صحارى استراليا وتعيش فى عزلة تامة عن المدنية وعن الشعوب الأخرى . انما تلك الجماعات التى يعنيها الأستاذ الكبير كانت قد اجتازت مرحلة طويلة من التطور وبعدت سنوات طوالا عن تلك المرحلة البدائية الهمجية (التى كانت تحياها العشائر التوتميه فى عصر ما قبل التاريخ). وكل ما نراه أنه كان أقرب الى الصحة والدقة أن يقول الأستاذ الكبير : أن الناس جميعا قد فطروا على نزعة العبادة ، لا أن يقول : « أنهم فطروا على الاعتقاد بوجود إله خالق لهذا العالم » اللهم الا اذا أضاف الى ذلك قوله بأنه يعنى : الناس أو الجماعات التى قطعت مرحلة فى طريق التطور وبعدت عن مرحلة الجماعات البدائية (العشائر التوتمية) .

(١) « ضحى الاسلام » ج ٣ ص ١١ – ١٣ (المرجع السابق) حيث يضيف الى ما تقدم قوله « فالقرآن لا يؤلف برهانه تأليف المنطقى من مقدمة صغرى وكبرى ونتيجة ، ولا يتعرض لألفاظ =

(ثانياً) فى ميدان الأحكام الشرعية (أى فيما عدا ميدان العقيدة) نجد القرآن قد سار — فى بيان الأحكام وتعليلها — على النحو التالى :

(ا) لم يلتزم القرآن أسلوبا واحدا معينا فى بيان تلك الأحكام الشرعية بل تنوعت أساليبه وتعددت صيغة عباراته فى التعبير عن تلك الأحكام ، فالآيات التى جاءت مثلا بتحريم أمر من الأمور نجدها أحيانا جاءت فى صيغة النهى عنه ، وأحيانا نجدها جاءت بلهجة الوعيد فى حال اتيانه ، وتارة لا تنطوى الا على مجرد أشارة الى التحريم .

والسبب الذى دعا الى ذلك التنوع فى الأسلوب أن تلك الأحكام الشرعية قد شرعت — كما قدمنا — فى أوقات مختلفة تبعا للحوادث وطوعا للمناسبات ، ولكل مناسبة أسلوب يناسبها ، ثم أن من معجزات القرآن — كما هو معلوم — بلاغته ، ومن البلاغة مراعاة المقام ومقتضى الحال (١) .

(ب) لم تكن صياغة تلك الأحكام جافة مركزة مجردة عن معانى الترغيب أو الترهيب ، كما هو شأن نصوص القوانين كما نعرفها (٢) وانما نجد القرآن فى مواضع كثيرة يأمر بالشىء مبيناً حسناته أو يحرم الشىء مبينا سيئاته ، وذلك كما فى قوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم» (٣) .

= الفلسفة من جوهر وعرض ونحوها ، ولا يحددها ولا يثير المشاكل العقلية ويفصلها ويبنى عليها ، لأن الدين لم يأت للفلاسفة ولا للعلماء وحدهم ، انما اعتمد القرآن على الفطرة والعاطفة ، وهما قدر مشترك بين الناس جميعاً ، فن ثم كان ممن آمن علماء وجهلاء وفلاسفة وغيرهم ، ولو اتبع الدين سبيل علم المنطق ما آمن الا القليل » .

(١) راجع فى ذلك « أصول الفقه » (المرجع السابق) للاستاذ الشيخ خلاف ص٢٨٤ ومابعدها.

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٤١٤

(٣) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص١٥ — ١٧ ، ويضيف المؤلف الى ماتقدم =

(ج) وكذلك لم ينهج القرآن فى بيانه لتلك الأحكام نهج المؤلفات القانونية ، التى تجرى سنة المؤلفين على تقسيمها الى أبواب وفصول ، فنجدها قد بوبت تبويباً ، ورتبت مختلف أبحاثها بحيث نجد جميع الأحكام المتعلقة بشىء واحد ، قد وضعت فى موضع واحد من المواضع ، وقد ذكر لبعضها ولو مرجع واحد من المراجع . ولكن القرآن قد سار على نهج غير ذلك النهج ، فنجده مثلا قد أورد مايتعلق بالطلاق وأحكامه وما يتعلق بالخمر وحرمتها بين الأحكام الخاصة بالقتال وشئون اليتامى(١) .

وحكمة ذلك — فيما نعتقد — ترجع الى ذات السبب الذى سبق لنا أن أشرنا اليه (نقلا عن الأستاذ الشيخ خلاف) بصدد الحكمة فى تنوع أساليب القرآن (٢) .

=أن هذه الآية لا تحض المسلمين على القتال (كما قد يظن البعض) وانما تحضهم على مجرد اتخاذ العدة له لأن فى ذلك ما يرهب أعداء المسلمين ويحول دون مهاجمة أولئك الأعداء لهم ، وذلك هو ما يستفاد من كلمة « ترهبون » .

ويذكر المؤلف مثالا لما ورد فى القرآن « بتحريم الشىء مبينا سيئاته» قوله تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ، فهل أنتم منتهون » .

(١) « الاسلام عقيدة وشريعة » المرجع السابق ذكره ص ٤١٤

(٢) راجع ص ٤٢ الفقرة (أ) — على أننا نجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت يذكر (فى مؤلفه السابق ص ٤١٥) سبباً آخر ، يتلخص فى قوله (عن القرآن) «كأنه فى ذلك أشبه ببستان فرقت ثماره وأزهاره جميع نواحيه ، حتى يأخذ الانسان أنى وجد فيه ما ينفعه وما يشتهى من ألوان مختلفة وأزهار متباينة وثمار يعاون بعضها بعضا فى الروح العام الذى يقصد ، وهو روح التغذية بالنافع والهداية الى الخير » — على أننا نؤثر — كما قدمنا — السبب الذى سبق أن أشرنا اليه نقلا عن الأستاذ الشيخ خلاف .

٢ — السنة

نتناول فى هذا المبحث الكلام عن المواضيع التالية : التعريف — مشكلة تدوين السنة — أنواع السنة — مرتبتها — حجيتها — السنة والتفسير .

تعريف — يعرف فقهاء الشريعة السنة بأنها هى ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة « القولية » (على حد تعبير أساتذة الشريعة) هى ما يعبر عنها « بالحديث » . وأما السنة « التقريرية » فيقصد بها ما أقره الرسول مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال أو أفعال ، وذلك بسكوته عنها وعدم انكاره لها ، أو بموافقته صراحة عليها واستحسانه اياها . وأما السنة الفعلية فيقصد بها ما يقوم به الرسول من أفعال تتصل بشعائر الدين (١) .

مشكلة تدوين السنة — لم تدون السنة حين صدورها عن الرسول ، ولم تجمع فى مجموعة واحدة تعد مرجعا للمسلمين ، لا يختلفون عليها ، ويجمعون على ما جمعت من أحاديث بين جانبيها ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن .

ولقد رغب الخليفة العظيم عمر بن الخطاب فى تدوينها ، ولكنه ما لبث بعد أن فكر بعد حين ، أن ألفيناه وقد رغب عما كان يرغب فيه من أمر ذلك التدوين ، ذلك بأنه خشى أن يختلط الأمر على المسلمين ، فيخلطون بين السنة والقرآن ، اذا ما دون الاثنان . وهكذا انقضى عهد الخلفاء الراشدين ، بل ومضى بعد سنة الهجرة نحو مائة من السنين ، قبل أن يبدأ للسنة عهد التدوين .

---

(١) من أمثلة السنة « الفعلية » أداء الرسول للصلوات الخمس المفروضة بهيئاتها وعدد ركعاتها وكيفية وضوئه الخ . ومن أمثلة السنة « التقريرية » ما روى من أن معاذ بن جبل لما بعث به النبى الى اليمن قاضياً سأله بم تقضى ؟ قال أقضى بما فى كتاب الله ، قال « فان لم يكن فى كتاب الله » ، قال فبسنة رسول الله قال : « فان لم يكن فى سنة رسول الله » ، قال أجتهد رأيى ولا آلو فأقره الرسول على ذلك .

راجع فى ذلك « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٦ و « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٠١ ، ١٠٢ للأستاذ الشيخ شلبى .

على أننا كنا نجد رغم عدم تدوينها ، أن بعض الخلفاء الراشدين كانوا يتطلبون بعض الضمانات التى تكفل الاطمئنان الى صحتها (١) ، على أن تلك الضمانات أو الاحتياطات لم تكن لتقوم مقام التدوين ، الذى يبدل الشك باليقين .

النتائج المترتبة على عدم تدوين السنة — ترتبت على عدم تدوين السنة فى القرن الهجرى الأول النتائج التالية :

(أولا) أن علماء المسلمين اضطروا الى بذل الكثير من الجهود فى بحث شخصية كل راو من رواة الحديث ، للوقوف على مبلغ ما يمكن أن نوليه من الثقة والاطمئنان الى صحة ما رواه ، وقد ترتب على هذا البحث تقسيم الأحاديث الى أحاديث قطعية الورود ، وأحاديث ظنية الورود .

(ثانياً) أن عدم تدوين السنة فى مجموعة واحدة تكون موضع اتفاق المسلمين وتعد مرجعا لهم ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن ، نقول أن عدم التدوين (اللهم الا بعد وفاة الرسول بأمد طويل بلغ نحو القرن من الزمان) قد مهد الطريق الى فتح باب الخطأ فى رواية الحديث ، بل وباب الكذب عمدا من بعض الرواة فى سبيل نصرة آرائهم ومذاهبهم السياسية .

(ثالثاً) وهذه النتيجة الثالثة مترتبة على النتيجة السابقة ، تتلخص فى أن الشك فى صحة الأحاديث قد مهد الطريق الى قيام الخلاف بين فقهاء الشريعة بل وبين أئمتها الكبار ، كما أدى الى اضافة خلاف لاحق الى ما كان بين بعض الفرق أو المذاهب من خلاف سابق .

---

(١) فكان الخليفة أبو بكر لا يقبل الأحاديث من رواتها الا اذا جاء الراوى بشاهد يؤيد روايته ، وكذلك كان شأن عمر بن الخطاب فقد كان يطالب راوى الحديث بالبينة ، والمعروف أن عهد خلافة عمر كان أكثر العهود تشدداً فى رواية الحديث ، وقد كان الامام على بن أبى طالب يستحلف الراوى .

راجع فيما تقدم « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، و« التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » (المرجع السابق) ص ١٠٦ .

(ا) فالخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث الا ما رواه رجالاتهم ، وكذلك الشيعة ، أما جمهور المسلمين وهم أهل السنة والجماعة ، فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبتت صحتها لديهم وأن كان رواتها من رجال الفرق الأخرى متى كانوا عدولا ثقات (١) .

(ب) ومجتهدو العراق : الامام أبو حنيفة وأصحابه يحتجون بالسنة المتواترة ، والمشهورة ويرجحون ما يرويه الثقات من الفقهاء أما مجتهدو المدينة (الامام مالك وأصحابه) فقد كانوا يرجحون ما عليه أهل المدينة بدون اختلاف ، ويتركون ما خالفه من أخبار الآحاد ، وباقى الأئمة يحتجون بمارواه العدول الثقات من الفقهاء وغير الفقهاء ، وافق عمل المدينة أوخالفه(٢).

تدوين السنة — فى بداية القرن الثانى الهجرى أمر الخليفة عمر بن عبدالعزيز بتدوين ماكان معروفا من السنة (٣) ومنذ حوالى منتصف القرن الثانى الهجرى نشطت حركة تدوين « المسانيد » ، ويذكر فى مقدمتها أشهرها

---

(١) راجع « أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٣٢٣

(٢) وقد ترتب على ذلك أن مجتهدى العراق جعلوا المشهور من الحديث فى حكم المتواتر وخصصوا به العام فى القرآن وقيدوا به المطلق فيه ، وغيرهم لم يجعلوا له هذه القوة

وترتب على ذلك أيضاً أن الحديث المرسل يحتج به بعض رجال التشريع ولا يحتج به البعض الآخر ، أى أن البعض كان يحتج بسنة لم يحتج بها الآخر ، وعن هذا نشأ اختلاف فى الأحكام الشرعية — أما ما يقصد « بالحديث المرسل » فهو ما رواه الصحابى بقوله أمر رسول الله بكذا أو نهى عن كذا أو قضى بكذا دون أن يصرح بأنه سمع ذلك بنفسه أو شافهه أو شاهده» راجع « أصول الفقه » ص ٣١٣

(٣) فقد كتب عمر بن عبد العزيز الى والى المدينة أبى بكر محمد بن عمر بن حزم يقول له : « أنظر الى ما كان من حديث رسول الله فاكتبه فأنى خفت دروس العلم وذهاب العلماء » راجع « أصول الفقه » ص ٣١٩ — ويجدر بنا هنا أن نذكر أن عمر بن عبد العزيز (وهو أحد خلفاء الدولة الأموية) قد ولى الخلافة عام ٩٩ — ١٠١ هجرية (٧١٧ — ٧٢٠ ميلادية) .

وهو « الموطأ » فى صحيح الحديث للامام مالك ، الذى كتبه بناء على طلب الخليفة المنصور (١) .

وفى القرن الثالث الهجرى دونت كتب صحاح السنة الستة ، والتى تعد أصح كتب الحديث ، ويذكر فى مقدمتها « صحيح البخارى » ، « صحيح مسلم » (٢) .

ولكن هذا التدوين ، وإن يك قد أدى الى صيانة السنة وحال دون ضياعها ، الا أنه نظرا لتأخره لم يكن ليحول دون اختلاف الباحثين وتفرق كلمة المسلمين ، فهولم يؤد الى جمع المسلمين على مجموعة واحدة من السنة تكون مرجعا لهم ، كما جمعت كلمتهم على مجموعة واحدة من نصوص القرآن ، فكان من ذلك أن اتسع المجال — كما قدمنا — للخلاف والجدال ، كما ظلت باقية بعض المنافذ التى ينفذ أو يتسرب منها تيار الكذب والافتراء فى وضع أحاديث ونسبتها زورا للرسول (٣) .

---

(١) « المسند » هو ما تجمع فيه الأحاديث حسب رواتها ، فيجمع ما رواه عمر على حدة ، وما رواه أبو بكر على حدة ، وهكذا — راجع « أصول الفقه » ص ٣٢٠ — وراجع أيضاً « ضحى الاسلام » ج ٢ ص ١٠٨ للاستاذ العميد أحمد أمين حيث يقول : « أن أحاديث الموطأ ليست كلها مسندة ، أعنى أنها ليست كلها متصلة السند ، يرويها مالك عن فلان عن فلان الى الرسول بل بعضها مرسل (أى سقط عن سنده الصحابى فرواه التابعى عن الرسول ، دون ذكر للصحابى الذى روى عنه التابعى ، وبعضها منقطع (وهو الذى سقط من سنده راو أو أكثر) ، لذلك لم تروِ الكتب الصحيحة التى ألفت بعد كالبخارى ومسلم كل أحاديث الموطأ ، اذ لم يصح عندهم بعضها »

ويجدر بنا هنا أن نشير الى أن الخليفة المنصور (وهو أحد الخلفاء العباسيين) تولى الخلافة سنة ١٣٦ — ١٥٨ هجرية (٧٥٤ — ٧٧٥ ميلادية) .

(٢) أما الأربعة الباقية فهى : سنن أبى داود ، والنسائى ، والترمذى ، وابن ماجة — واذا قيل عن حديث : « رواه الستة » أو أنه « متفق عليه » فأنه يقصد بذلك أن هؤلاء جميعا قد رووا هذا الحديث — ولا يفوتنا أن نذكر أن ثمة غير هؤلاء الستة ممن عنوا بتدوين مجاميع للسنة . راجع « أصول الفقه » ص ٣٢٠

(٣) ويجدر بنا هنا أن نضيف الى ما تقدم أن الخليفة المنصور حين كلف الامام مالك بأن يجمع الأحاديث فى كتاب « الموطأ » كان قد فكر أن يأمر بنشر تلك المجموعة من الأحاديث على =

أنواع السنة (باعتبار سندها)

فضلا عما سبقت لنا الاشارة اليه من أنواع السنة باعتبار متنها ، وتقسيمها الى سنة « قولية » و« فعلية » و« تقريرية » ، فأننا اذا نظرنا الى السنة باعتبار سندها (أى من حيث درجة ثبوتها) أو بعبارة أخرى من حيث النظر الى سلسلة الرواة الذين نقلوها الينا عن الرسول ، فأننا نجدها تنقسم الى ثلاثة أنواع : متواترة ، ومشهورة ، وسنة آحاد .

(ا) فالسنة المتواترة هى ما رواها عن الرسول جمع يمتنع عادة أن يتفق أفراده على كذب لكثرتهم ولما عرف من الصدق والامانة عنهم ولاختلاف بيئاتهم ثم وجهات نظرهم ، ورواها عن هذا الجمع جمع آخر يتوفر فى أفراده ما ذكرنا فى أفراد الجمع الأول من الصفات ، ثم نقله عن ذلك الجمع الآخر جمع ثالث مثله وهكذا حتى وصلت تلك السنة الينا ، أو بعبارة أصح : حتى وصلت الى أولئك الفقهاء الثقات الذين قاموا بتدوينها مثل البخارى ومسلم وغيرهما .

وينتسب الى هذا النوع الكثير من السنن الفعلية (١) ، كالذى روى

= المسلمين وأن يأمرهم بالرجوع اليها ، ولكن الامام مالك عارض ذلك الرأى « لأن الصحابة (كما قال مالك للخليفة) قد افترقوا بعد الرسول ، كل يتبع ما صح عنده ، وكلهم على هدى يريد الله » ، فمال الخليفة المنصور عما كان يميل اليه فى هذا الشأن .

راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٣٢٠

.. ولعل الامام مالك قد عارض فكرة الخليفة المنصور — فيما يبدو لنا — لأنه (مالك) نفسه لم يكن على ثقة تامة من صحة الأحاديث التى جمعها فى كتابه ، وقد تبين فيما بعد — كما قدمنا — أن غير القليل مما جمعه من أحاديث لم تثبت صحتها حتى أن كلا من البخارى ومسلم قد أهملها .

(١) أو السنن « العملية » كما يطلق عليها الأستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٤٢) — أما عن ذلك « الجمع الذى يمتنع عادة أن يتفق أفراده على كذب » فقد اختلفت العلماء فى تحديد عدد الجمع الذى يتحقق به التواتر فمنهم من حدده بعدد أربعين أو مائة ، والصحيح أنه لايحدد بعدد معين بل الملاحظ فيه امتناع توافق هذا العدد على الكذب عادة ، وهذا أمر يختلف باختلاف العصور والرواة

وقد استقينا هذه المعلومات من الأستاذ الشيخ شلبى (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بالكلية)

فى كيفية أداء الصلوات الخمس المفروضة واعداد ركعاتها وسجداتها ، والقليل من السنن القولية (أى أنه قلما نجد سنة قولية متواترة) (١) .

(ب) أما السنة المشهورة فهى ما لم تكن متواترة فى البداية ثم تواترت بعد ذلك ، بعبارة أخرى هى ما رواها عن رسول الله صحابى أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد جمع التواتر، ثم رواها عن هذا الراوى أو الراويين الاثنين أو الرواة جمع من جموع التواتر ، ثم رواها عن هذا الجمع جمع مثله وهكذا .

وينتسب الى هذا النوع بعض الأحاديث التى رواها عن الرسول عمر بن الخطاب أو أبو بكر أو عبد الله بن مسعود ، ثم رواها عن أحد هؤلاء جمع لا يتفق أفراده على كذب — ومن أمثلة هذا النوع حديث «انما الأعمال بالنيات » وحديث « لا ضرر ولاضرار » ، وحديث « لا يرث القاتل » .

(ج) أما سنة الآحاد فهى ما ليست بسنة متواترة ولا بسنة مشهورة ، بعبارة أخرى هى ماروواها عن الرسول آحاد لم تبلغ جموع التواتر منذ البداية حتى النهاية . ويطلق على تلك السنة « خبر الآحاد » أو « خبر الواحد » . وينتسب الى هذا النوع أغلب الأحاديث التى جمعت فى كتب السنة (٢) .

---

(١) راجع فيما تقدم « أصول الفقه » (المرجع السابق ص ٤٢) ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٥٢ — ٢٥٥

(٢) راجع فيما تقدم « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٤٢ ، ٤٣ ، و « سلم الوصول لعلم الأصول » (المرجع السابق) ص ٢٥٤ — ٢٥٧

وراجع « الأحكام » للامام الآمدى ج ١ ص ١٧٨ — ١٨٠ حيث يذكر أن من الشروط التى تشترط فى الراوى من أجل العمل بخبر الواحد أن يكون الراوى متصفا بصفة العدالة .

أما العدل شرعا فأنه يراد به أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقد قال الغزالى فى معنى هذه الأهلية انها عبارة عن استقامة السيرة والدين . وحاصلها يرجع الى هيئة راسخة فى النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه .

أهمية التفرقة بين الأنواع الثلاثة للسنة

١ — من حيث ثبوتها — السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول ، فليس ثمة موضع للريبة فى نسبتها للرسول .

أما السنة المشهورة فهى قطعية الورود عن الصحابى أو الصحابة الذين تلقوها عن الرسول ، لتواتر النقل عن ذلك الصحابى أو أولئك الصحابة ، ولكنها ليست قطعية الورود عن الرسول ، على أنه لما كان الصحابى يعد حجة وثقة فى نقله عن الرسول ، لذلك جعلها فقهاء الحنفية فى حكم السنة المتواترة فيخصص بها عام القرآن ويقيد بها مطلقه .

أما سنة (أو خبر) الآحاد فهى ظنية الورود عن الرسول .

الخلاصة أن السنة المتواترة تعد قطعية ، والسنة المشهورة ظنية قريبة من اليقين ، وسنة الآحاد ظنية .

٢ — من حيث حجيتها — أما من حيث حجية السنة ، ففى نظر أصحاب المذاهب الفقهية — ما عدا الحنفية — لا أهمية لهذه التفرقة فكل سنة من أقسام السنة الثلاثة تعد حجة واجب اتباعها والعمل بها ، أما السنة المتواترة فلأن صدورها عن الرسول يعد أمرا ثابتاً على وجه اليقين ، وأما السنة المشهورة أو سنة الآحاد فأنها وأن كانت ظنية الورود عن الرسول الا أن هذا الظن — كما يقول فقهاء الشريعة — قد ترجح بما توافر فى الرواة من اشتهارهم بالعدالة والصدق والأمانة ، ورجحان الظن — كما يقولون — كاف بهذا الصدد ، لهذا يقضى القاضى بشهادة الشهود وهى انما تفيد رجحان الظن بالمشهود به ، وكثير من الأحكام مبنية على الظن ، ولوأننا اشترطنا اليقين لنال الناس الحرج [1] .

— وأنه ليبدو لنا أن القياس على شهادة الشهود هوقياس مع الفارق، فالسنة هى تشريع ، ومن أجل أن يطبق على الناس تشريع فانه يجب أن يعلموا

---

(١) أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى (المرجع السابق ذكره) ص ٤٤

به عن طريق اليقين ، ولو فرض على الناس تشريع « ظنى » لفقد التشريع ما يجب أن يكون له من احترام ولنال الناس حرج أكبر من ذلك الحرج الذى يشيرون اليه فى حالة اشتراط اليقين .

ثم أنه يجب ملاحظة أن ثمة حالات لا يقضى القاضى فيها بشهادة الشهود اذا كانت تفيد مجرد رجحان الظن بالمشهود به ، وانما يجب أن نفيد « اليقين » كما هو الشأن فى شهادة شهود جريمة الزنا .

وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن علماء الحنفية لا يأخذون بخبر الآحاد ، وكذلك شأن الامام الغزالى (١) .

مرتبة السنة كمصدر من مصادر الشريعة الاسلامية

نعالج هنا بحث موضوعين : (الأول) السنة كمصدر من مصادرالشريعة ، (الثانى) مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من المصادر

(أولا) السنة كمصدر من مصادر الشريعة — أن السنة تستمد قوتها من القرآن ، فهو الذى أثبت حجيتها ، فلقد قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » (٢) ، وقال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » ، وقال : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٣) .

---

(١) راجع « المستصفى » ج ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ حيث يقول عن الحديث الذى يستند اليه العلماء القائلون « بالاستحسان » وهو حديث : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » يقول الغزالى عنه أنه حديث « لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول » .

(٢) يرى الامام ابن حزم أن هذه الآية تبين المصادر الشرعية الثلاثة التى هى الأصول وهى الكتاب والسنة والاجماع ، ويتفرع عنها رابع وهو الدليل الذى تتلاقى الأصول الثلاثة فى بيان أصله ، واطاعة أولى الأمر يكون بالرجوع الى ما أجمع عليه العلماء لأنهم هم « أولو الأمر » فى رأيه .

راجع فى ذلك كتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٩٧

(٣) راجع « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٣٧ وما بعدها ، كتاب «سلم الوصول» (المرجع السابق) ص ٢٦١ — ونلاحظ أن بعض أساتذة الشريعة يستند كذلك فى هذا المقام على الآيتين الكريمتين : =

(ثانياً) **مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من مصادر الشريعة** — الرأى السائد بين فقهاء الشريعة أن السنة تلى القرآن فى المرتبة ، اللهم الا الامام ابن حزم ، فهو يرى أن السنة مثل القرآن لا فارق بينهما ، وهو فى ذلك يستند الى قوله تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (١) .

النتائج المترتبة على اعتبار السنة فى مرتبة القرآن (فى نظر ابن حزم): تترتب على ذلك نتيجتان :

(الأولى) أن السنة تخصص بها القرآن ، أى أنه حيثما يوجد فى القرآن نص عام ، ويوجد فى ذات الموضوع نص خاص فى السنة ، فأن السنة تخصص عموم القرآن ، مثال ذلك : نجد القرآن جاء بأمر أو نص عام بقطع يد السارق (فقد قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ») ، وورد فى الحديث أنه لا قطع الا فى ربع دينار فصاعدا ، فخصص الحديث الآية بذلك (٢) .

= (الأولى) قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما » .

(الثانية) قول تعالى « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » — راجع كتاب الدكتور محمد يوسف موسى (المرجع السابق) ص ٢٨ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة عن « ابن حزم » ص ٢٩٧وراجع كذلك كتاب الدكتور ضياء الدين الريس : «النظريات السياسية فى الاسلام » ص ٢٣. — والرأى عندى أن هاتين الآيتين لا يجوز الاستدلال بهما والإستناد اليهما فى هذا المقام،فالآية الأولى انما تشير الى ما للرسول من سلطة قضائية، لا الى ماله من سلطة تشريعية، وهذه السلطة الأخيرة هى وحدها هنا موضع بحثنا . أما الآية الثانية فهى تشير الى ما للرسول من سلطة تفسير التشريع ، لا التشريع ذاته —ويؤيدنا فى وجهة النظر هذه ما ورد فى مؤلف الأستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٥٨ حيث يقول : « من المقرر المعلوم أن الرسول مبين عن الله المراد من نصوص الكتاب . قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » .

(١) راجع مؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة « ابن حزم » ص ٣١٦

(٢) « ابن حزم » (المرجع السابق) ص ٣١٦ — على أننا نلاحظ أن هناك غير ابن حزم من الأئمة من يرونأن السنة تخصص القرآن ، رغم أنهم لا يضعون السنة—كما يضعها ابن‌حزم— فى مرتبة القرآن . ذلك هو شأن الأمامين الشافعى وأحمد بن حنبل ، وذلك هو ما يذكره الأستاذ الشيخ أبو زهرة ذاته حيث يقول (ص ٣١٧ من المرجع السابق) « وأن ذلك النظر هو نظرالامامين الشافعى وأحمد » — بل أنه ليبدو لنا أن ذلك هو كذلك شأن غيرهما من الأئمة والفقهاء ، هذا هوما يتبين من الرجوع الى مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) ص ٢٦٠

(الثانية) أن السنة يصح أن تنسخ (أى تلغى) نصا ورد فى القرآن ، على أن ابن حزم يرى أن النسخ لا يعد بمثابة ازالة للنصوص أو الغاء لها وانما هو بيان لا نتهاء أحكامها (١) .

وكذلك يرى الامام الغزالى أنه يصح نسخ القرآن بالسنة ، ويذكر مثالا لذلك : نسخ الوصية للوالدين والأقربين بقوله صلى الله عليه وسلم «ألا لا وصية لوارث »،لأن آية الميراث لا تمنع الوصية للوالدين والأقربين(٢).

متى تعد السنة مصدرا من مصادر الشريعة

تمهيد — كما أن جميع آيات القرآن لا تعد تشريعا (أو على حد تعبير فقهاء الشريعة : لا تعد « آيات أحكام ») فكذلك نجد أن جميع ما عرف عن السنة أو جميع الأحاديث النبوية لا تعد تشريعاً أو على حد تعبير فقهاء الشريعة : لا تعد « أحاديث أحكام » .

وفى مؤلفات فقهاء الشريعة الاسلامية نجد بصدد الكلام عن السنة مبحثا لا يخلو — فى نظر رجال الفقه الحديث — من الطرافة بل ومن الغرابة ، ذلك

---

(١) ابن حزم (المرجع السابق) ص ٣٣٢ ، ص ٣٢٨ تفسيراً لما تقدم يقول : أنه اذا كان الرسول قد قال : «لاتزوروا القبور» ثم جاء فقال : « ألا كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور والآن فزوروها » لا يكون النص الثانى ملغيا للنص الأول أو مسقطا له بل يكون مبينا لانتهاء حكمه وبيان أن وقت العمل به قد انتهى ، ولذلك كانت آيات القرآن الكريم المدعى نسخ حكمها ما زالت قرآنا ثابتاً يتلى متعبداً بتلاوته لانها ما سقطت بالنص أو ألغيت ، بل قد انتهى زمن حكمها وحل محل هذا الحكم حكم آخر لزمنه الدائم الى يوم القيامة » .

ولو أردنا أن نبدى رأينا فيما تقدم بلغة الفقه الحديث لوجب أن نقول أن النسخ يعد الغاء ولكن بغير أثر رجعى ، وهذا لا يتعارض مع القول بأن الآيات التى نسخت (أو ألغيت) تعد مع ذلك قرآنا لأنها أنزلت من الله على رسوله ، ولكن نفاذ أحكامها كان لزمن معين .

ولا يفوتنا أخيراً أن نلاحظ أن هذا المثال السابق (الخاص بزيارة القبور) لا يعد — فيما يبدو لنا — مثالا مناسباً للحالة التى نتكلم هنا عنها وهى حالة نسخ القرآن بالسنة ، اذ أن هذا المثال انما يناسب فى الواقع حالة نسخ السنة بالسنة ، أما خير مثال لنسخ القرآن بالسنة فهو ذلك الذى سنذكره فيما بعد نقلا عن الامام الغزالى ، وهو الخاص بالنهى عن الوصية لوارث .

(٢) « المستصفى من علم الأصول » للغزالى (المرجع السابق ذكره) ج ١ ص ٨٠

هو المبحث الخاص « بما يعد من السنة تشريعا عاما ومالا يعد كذلك » ، فنجدهم يبدءون القول ببيان ما لا يعد تشريعا عاما من أقوال الرسول وأفعاله ، وهى – فيما يذكرون – تتلخص فيما يلى :

(أولا) ماصدر عن الرسول (من أقوال أو أفعال) بصفته انسانا ، من أكل وشرب ونوم وقيام وقعود وتزاور ومصالحة بين شخصين الخ ..

(ثانياً) ما صدر عنه بمقتضى الخبرة الانسانية والتجارب فى الشئون الدنيوية ، كالذى ذكر من أقواله أو أفعاله فى شئون الزراعة أو الطب ، أو تنظيم جيش أو غيره من التدابير العسكرية فى المواقع الحربية (١).

(ثالثاً) ما صدر عن الرسول ، ودل الدليل الشرعى على أنه أمر خاص به ، كتزوجه بأكثر من أربع زوجات .

(رابعاً) ما صدر عنه باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لجماعة المسلمين (٢) ، وذلك مثل بعث الجيوش للقتال ، وتولية القضاة والولاة وعقد المعاهدات ، وتدبير الشئون المالية للدولة ، أو – على حد تعبير فقهاء الشريعة : « صرف أموال بيت المال فى جهاتها وجمعها من محالها وتقسيم الغنائم » (٣) ، الخ . .

– وأما ما يعد تشريعا ، فيشمل – فيما يذكرون – ما صدر من أقوال الرسول وأفعاله بصفته رسولا وكان مقصودا به التشريع فيما تدل على

---

(١) من ذلك مايروى عن الرسول من أنه مر بقوم بالمدينة يأبرون النخل (أى يلقحونه) فقال لهم : «لو لم تفعلوا لصلح » فتركوه ، فلم يثمر النخل الا شيصاً (أى تمراً يابساً رديئاً) ، ثم مر بهم بعد ذلك فسألهم : « ما لنخلكم » ؟ فنما علم منهم ما كان من أمر ثمره قال لهم : « أنتم أعلم بأمر دنياكم » – هذا الحديث ورد فى صحيح مسلم بشرح النووى (الطبعة الحديثة) جـ ١٥ ص ١١٦

(٢) أى ما صدر عن الرسول باعتباره رئيسا للدولة الاسلامية ، أى بصفته السياسية ، ولكن فقهاء الشريعة لا يميلون عادة – فيما يبدو لنا – الى استعمال مثل هذه العبارة التى هى أكثر صراحة ووضوحاً .

(٣) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٣٢ للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ، ومؤلف الأستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٦٢

ذلك الدلائل أو القرائن ، مثل تحليل شيء أو تحريمه ، والأمر بفعل أو النهى عنه ، وكبيان العبادات (١) .

رأى الامام ابن حزم – على أن لابن حزم بهذا الصدد رأيا يختلف به عن ذلك الرأى السائد بين فقهاء الشريعة (والذى أشرنا اليه) ، ويتلخص رأيه فى أن السنة القولية وحدها (دون السنة الفعلية أو التقريرية) هى التى تعد تشريعا أو على حده تعبيره « تدل على الوجوب ») – أما « الفعل » فهو فى رأيه غير واجب ، انما يكون لنا مجرد « قدوة أو أسوة » ، والأسوة – كما يقول ابن حزم – مستحسنة وليست بواجبة ، وهو فى ذلك يستند الى قوله تعالى « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة » ، ولوكانت الأسوه واجبة (كما يقول) لكان النص : لقد كان «عليكم» ، فالوجوب يكون « على » المؤمنين ، ولا يعبر عنه بأنه « لهم » .

أما « الاقرار » أو (السنة التقريرية) فحكمه – فيما يرى ابن حزم – الاباحة (٢) .

هذا – كما قدمنا – مبحث لا يخلو من الطرافة بل ولا من الغرابة اذا نظرنا اليه بعين رجال الفقه الحديث ، فليس مما تستسيغه عقولهم أن يقدموا على القيام بمثل هذا البحث ، وذلك فى البلاد التى يملك فيها رئيس الدولة سلطة التشريع (كما كان شأن الرسول) ، فنحن لا نجدهم يفرقون بين الأقوال (أو الافعال) التى يقوم بها بصفته انسانا عاديا وتلك التى يقوم بها بصفته رئيس دولة له سلطة التشريع .

ولقد كان حسب فقهاء الشريعة – فيما نرى – أن يقولوا بأن ما يعد تشريعا يشمل الأقوال التى تصدر من الرسول بصفته رسولا ويقصد بها التشريع فيما تدل على ذلك القرائن ، كأن يبين مجملا فى القرآن ، أو يخصص

---

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٤٤ ، و« الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٤٣٢ و« سلم الوصول لعلم الأصول » (المرجع السابق) ص ٢٦٣

(٢) « ابن حزم » للأستاذ الشيخ أبو زهرة ص ٢٩٨ – ٣٠٠ – وللأستاذ الشيخ أبو زهره (ص ٣٠١) رأى يماثل ابن حزم ، وهو يرى أنه يجب النظر الى قرائن الأحوال .

عاما أو يقيد مطلقا ، أو يبين شأنا فى العبادات أو الحلال والحرام أو العقائد ، على أن ينظر — فى مسائل العبادات — الى ما يأتيه الرسول كذلك من الأفعال (كطريقة الصلاة وعدد ما يؤديه من الركعات مثلا) .

على أن فقهاء الشريعة الذين يعرضون لهذا البحث قد تكون لهم المعذرة فى أن ما يأتيه الرسول من أقوال وأفعال بصفته رسولا لا يكون صدوره منه بصيغة معينة ومع اتباع اجراءات أو أوضاع معينة كما هو الشأن فيما يصدر من رئيس الدولة فى العصر الحديث من أعمال تتصل بوظيفته أو أى عمل آخر من الأعمال التى يقوم بها بصفته رئيس دولة .

وثمة وجه آخر من وجوه المعذرة يمكن أن نلتمسه لهم بهذا الصدد ، وهو يرجع الى ما سبق أن حدث من البعض من الخلط بين ما يعد ومالا يعد تشريعاً مما صدر عن الرسول (١) .

هل تشريع السنة أبدى أم وقتى ؟

يجدر بنا أولا أن نبين أن ما نعبر عنه هنا « بالتشريع الأبدى » هو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة « بالتشريع العام » الذى يمتد سريانه الى الأبد ، أو — على حد تعبيرهم « الى يوم القيامة » (٢) .

---

(١) ذلك هو ما أشار اليه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٢٩ حيث يقول « أن كثيراً مما نقل عنه صلى الله عليه وسلم صور بأنه شرع أو دين ، وسنة أو مندوب ، وهو لم يكن فى الحقيقة صادراً على وجه التشريع أصلا . وقد كثر ذلك فى الأفعال الصادرة عنه صلى الله عليه وسلم بصفته البشرية أو بصفة العادة والتجارب . ونجد أيضاً ما صدر على وجه الامامة أو القضاء قد يؤخذ على أنه تشريع عام ، ومن ذلك تضطرب الأحكام وتختلط الجهات » — ولعله كان يريد أن يقول : « بحكم العادة وكثمرة للتجارب » لا « بصفة العادة والتجارب » — ولا يفوتنا هنا أن نبين أنه يقصد « بالمندوب » لدى فقهاء الشريعة : الفعل الذى يحمد فاعله ولا يذم تاركه ، ويسمى سنة ونافلة أو نفلا (لأنه زائد على الفرض والواجب ، ويزيد به الثواب) ، كما يسمى مستحباً (لأن الشارع يحبه ويؤثره) ، — وذلك مثل أداء الصلاة بالجماعة ، والتصدق على الفقراء والمساكين (زيادة عن أداء الزكاة المفروضة على كل مسلم) — راجع فى ذلك كتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٨) .

أما وقد انتهينا من هذا الايضاح فأننا ننتقل الى الأجابة على السؤال الذى تساءلناه فى بداية هذه النبذة : هل يصح أن نعد جميع تشريع السنة تشريعاً أبديا ؟ ؛ أننا — على ضوء ما كتبه علماء الشريعة بهذا الصدد — نستطيع أن نجيب على هذا السؤال بما يلى :

١ — انه لا يصح القول بأن جميع تشريع السنة تشريع أبدى فالأحكام (سواء جاءت من السنة أو القرآن) كما يقول ابن القيم نوعان : نوع لا يتغير كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك ، والنوع الثانى يتغير بحسب اقتضاء المصلحة كمقادير التعزيرات وصفاتها . أما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلاسبيل الى عمل المصلحةفيها (١) . وهنا يجدر بنا أن نذكر أن الصحابة كان يختلط عليها الأمر أحياناً ، فتعتقد أن أمراً أمر به الرسول أو أن نهيا نهى عنه ذو صبغة أبدية ، فى حين أن الرسول لم يكن يقصد الا أن يكون ذا صبغة وقتية ، ينتهى أثره بانتهاء السبب الذى دعى الرسول الى ما أمر به أو نهى عنه (٢)

---

(١) راجع « تعليل الأحكام » ص ٣١٩ — ويضيف المؤلف الى ما تقدم « أن الاحكام هنا لا تتغير الا اذا ألجأتنا الضرورة الى شىء أخذ به مقدراً بقدرها ، كما دل عليه قوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

وراجع فى ذلك أيضاً للامام ابن القيم : « اعانه اللهفان » ص ١٧٩ وما بعدها — وكان ذلك نقلا عن مؤلف الأستاذ محمود الشرقاوى « تقويم الفكر الدينى » ص ١٠٣ ، ١٠٤

(٢) راجع فى ذلك « تعليل الأحكام » (المرجع السابق ص ٢٨) للاستاذ الشيخ شلبى حيث يقول : « قد يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشىء أو ينهى عنه فى حالة خاصة لسبب خاص ، فيفهم الصحابة أنه حكم (أى تشريع) مؤبد ، ، فيسألون رسول الله التخفيف لما يلحقهم من الحرج فيبين لهم أن ذلك ليس مؤبداً ، بل جاء لعلة خاصة ، من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : دف الناس (أى أقبلوا) من أهل البادية فحضرت الأضحى ، فقال رسول الله « ادخروا الثلاث ، وتصدقوا بما بقى » ، قالت (عائشة) فلما كان بعد ذلك قلت يارسول الله : قد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ، ويجملون منها الودك (أى يذيبون الشحم ويستخرجون منه الودك وهو الشحم المذاب) ويتخذون منها الأسقية (جمع سقاء وهو ظرف الماء) ، قال رسول الله : وماذاك ؟ قلت نهيت عن أمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث ، فقال (الرسول) انما كنت نهيتكم للدافة التى دفت (أى الجماعة من الناس التى أقبلت) فكلوا وتصدقوا وتزودوا ». نوجه النظر الى أن العبارات التى وضعت بين قوسين لم تكن من كلام الرسول أو السيدة عائشة ، انما ذكرت لايضاح بعض الكلمات ، وقد نقل ذلك الايضاح من كتاب « تعليل الأحكام » .

والواقع أن عدم وجود حد فاصل دقيق بين ما يعد تشريعا أبديا وما يعد تشريعا وقتيا ، كان أحد الأسباب التى أدت الى الخلاف بين الفقهاء (١) .

٢ — يعد من أحكام السنة تشريعا عاما (أى أبديا) ما يصدر عن الرسول على وجه التبليغ بصفة أنه رسول ، كأن يبين مجملا فى الكتاب أو يخصص عاما ، أو شأنا متصلا بشىء مما ذكر (٢) ، وكذلك القواعد الكلية مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (٣) .

٣ — يعد « تشريعا وقتياً » ما يصدر عن الرسول بماله من الأمامة والرياسة العامة لجماعة المسلمين (وذلك على وجه التفصيل الذى سبق لنا بيانه) ، فليس لأحد أن يفعل شيئاً من ذلك من تلقاء نفسه بحجة أن النبى فعله أو طلبه انما لا يجوز الاقدام عليه الا بأذن الأمام (٤) .

ويجدر بنا هنا فى مقام الختام أن نكرر أن ثمة أحاديث كثيرة صدرت عن الرسول لم تكن تشريعا أصلا (أى لا تعد تشريعاً أبديا ولا وقتيا) .

---

(١) وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلبى (المرجع السابق ص ٣١٩) : « لقد كان عدم الفصل بين النوعين أحيانا سببا من أسباب الخلاف بين الفقهاء ، فقد يرى بعضهم حكما لرسول الله صلى الله عليه وسلم يظنه صدر عنه بحكم الفتوى والتبليغ ، وبعبارة أخرى يقبله على أنه شرع عام أبدى لا يتغير ، بينما يراه الآخر صادراً عنه بحكم أمامته ، أى أنه حكم مصلحى جاء لمصلحة خاصة قد تتغير على مر الأيام » .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨

(٣) « وسطية الاسلام » للاستاذ الشيخ محمد المدنى (عميد كلية الشريعة) ص ٧٢

(٤) « الاسلام عقيدة وشريعة » للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨ — ويلاحظ أن المؤلف يضيف الى ما تقدم أنه لا يعد تشريعا عاما ما يصدر عن الرسول بصفته قاضياً — كما نجد المؤلف يذكر فى موضع آخر (ص ٤٣١) أنه فيما يتعلق بالعقائد فأن القرآن قد تكفل ببيانها ، ولقد كان القرآن لتواتره وافادته القطع هو المصدر الوحيد لتعرفها ، أما «الحديث » فليس الا مردداً بهذا الصدد لما أثبته القرآن ، فليس فى العقائد ما انفرد الحديث باثباته .

وراجع بحث « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص١٣٠ نقلا عن كتاب « الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام ص ٢٣ وما بعد) : أن ما يصدر من رسول الله بصفته قاضياً يعدانشاء والزاماً منه « بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج ، ولذلك قال عليه السلام « انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من الآخر الخ »

٣ — الأجماع

تمهيد — اذا لم يجد فقهاء الشريعة الاسلامية لمسألة من المسائل حكما شرعيا لها فى القرآن أو السنة فأنهم يبحثون عن حكم لها فى الاجماع ، فالأجماع هو المصدر الثالث للشريعة الاسلامية ، بعد القرآن والسنة .

تعريف : الاجماع — فى اصطلاح الأصوليين — هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين ، فى عصر من العصور ، بعد وفاة الرسول على حكم شرعى (١) من ذلك التعريف تتبين لنا الاركان أو الشروط الواجب توفرها فى الاجماع من أجل أن يصبح حجة شرعية (٢) . والآن ننتقل الى بيان هذه الأركان وشرحها تفصيلا .

أركان الاجماع : يمكننا حصرها فيما يلى :

١ — أن يكون ثمة « جماعة » من المجتهدين ، حتى يمكن القول أنه كان ثمة « اجماع » ، فاذا لم يوجد فى عصر من العصور سوى مجتهد واحد فأن رأيه لا يمكن أن يوصف بالاجماع . وأقل عدد يتحقق به الأجماع هو ثلاثة ، على الرأى الراجح ، لأن هذا العدد أقل ما يصح أن يطلق عليه وصف «جماعة » (٣).

٢ — أن يكون ثمة اتفاق من « جميع » المجتهدين . ويترتب على ذلك أنه اذا وافقت على الرأى مجرد « أغلبية » فان ذلك لا يكفى لتحقق الاجماع وذلك لأنه طالما وجد اختلاف — كما يقولون — فقد وجد احتمال الصواب

---

(١) ويرى البعض أن الاجماع يماثل ما كان معروفا عند الرومان باتفاق أهل الحكمة والمعرفة ذلك هو ما ذكره الأستاذ جوستاف جروينباوم Von Grunebaum (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاجو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الاسلامية الذى عقد بمدينة Spa ببلجيكا عام ١٩٥٣) فى كتابه « حضارة الاسلام » » ترجمة الاستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه الأستاذ الكبير المرحوم عبد الحميد العبادى طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٣

(٢) المستصفى من علم الأصول للامام الغزالى (الملقب بحجة الاسلام) طبعة ١٩٣٧ الجزء الأول ص ١١٠ ، وراجع « أصول الفقه » (المرجع السابق ذكره) ص ٤٧ للاستاذ الشيخ خلاف وكتاب « سلم الوصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٦٤

(٣) « سلم الوصول لعلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٦٥

فى جانب والخطأ فى جانب ، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة . ذلك هو مايراه الأصوليون وغالبية علماء الشريعة (١) .

ومن عجب أن نجد بين هؤلاء من يأخذ بسنة الآحاد وهى حجة ظنية بينما هو لا يكتفى فى الاجماع « بالأغلبية » انما يشترط اتفاق « الجميع » ليكون الاجماع حجة قطعية (يقينية) .

ولذلك فأننا نجد بعضا من علماء الشريعة (ولو أنهم أقلية فيما يبدولنا) يكتفون بموافقة الأغلبية ، وذلك لأن اتفاق « الجميع » يعد أمراً نادراً بل قد يكون مستحيلا ، وذلك مما يؤدى الى عدم مسايرة أحكام الشريعة لسنة التطور أى الى جمودها وبالتالى الى تأخرها عن الشرائع الوضعية الأخرى ، وذلك فضلا عن أن الخلفاء الراشدين لم يكونوا يشترطون اتفاق « الجميع » (٢) .

---

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، و « المستصفى » للغزالى ج ١ ص ١١٠ ، ص ١٢٤ حيث يقول « اذا خالف واحد من الأمة أو اثنان لم ينعقد الاجماع دونه » ، وهنا لا يسعنا الا أن نلاحظ فى شىء من الدهشة قول الامام الغزالى « أو اثنان » ! — راجع أيضاً « نحو الدستور الاسلامى » تأليف الأستاذ أبو الأعلى المودودى (رئيس الجماعة الاسلامية بباكستان) معربة عن اللغة الأوردية وطبعت بمصر (عام ١٣٧٣ هـ ١٩٥٤ م) ص ٦٧ (بالهامش) حيث يقول ان مبدأ الأغلبية ليس من مبادىء الاسلام .

(٢) من ذلك مثلا أن الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (فى كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٤) يقول أنه نظراً لأنه يبعد كل البعد تحقق هذا الشرط لذلك فأن« تفسير الاجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدى الأمة فى عصر من العصور هو تفسير نظرى بحت ، لا يقع ولا يتحقق به تشريع » ثم يضيف الى ما تقدم قوله : « نعم : يمكن فهمه (أى فهم هذا الشرط) وقبوله على معنى « عدم العلم بالمخالف»أو على معنى «اتفاق الكثرة » وكلاهما يصلح أن يكون أساسا للتشريع العام الملزم فى المسائل ذات البحث والنظر ، اذ هو غاية ما فى الوسع ، ولا يكلف الله نفساً الا وسعها » ومن هذا يرى أن الأستاذ الأكبر يرى أنه يصح أن يكتفى بالأغلبية .وراجع أيضاً فى هذا المعنى بحث الأستاذ الشيخ شلبى« الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٤٨ حيث يقول : « الاجماع الذى صوره الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين .. لن يتحقق إلا من طريق الصدفة أو فيما علم من الدين بالضرورة » ثم يقول «ولو سار حكام المسلمين على طريقة الخلفاء الراشدين لما تخلف الفقه الاسلامى عن التطور ، ولما حلت محله القوانين الوضعية الغربية فى بقعة من بلاد الاسلام» . فالاجماع — فيما يقول (ص ١٤٦) — انما « تقوم فكرته على مبدأ الشورى المشروعة فى الاسلام » ومبدأ الشورى — كما هو معلوم — لا يحتم الاجماع ونجد الامام الآمدى (فى كتابه « الاحكام فى أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١)ينتقد الامام الغزالى لا شتراطه فى الاجماع «اتفاق أمة محمد » وفى ذلك يقول الآمدى بأن ما ذكره الغزالى يؤدى الى « عدم انعقاد الاجماع الى يوم القيامة فأن أمة محمد جملة من اتبعه الى يوم القيامة » .

ومما تجدر ملاحظته أنه لا يشترط — كما قد يظن البعض — أن يجتمع أولئك المجتهدون فى مكان واحد لتبادل الرأى ، وانما يصح أن يتم الادلاء بآرائهم مجتمعين أو منفردين (١) . ونلاحظ أن امكان ابداء آرائهم منفردين هو مما يزيد من صعوبة تحقق الاجماع ، بل مما يجعله ضربا من ضروب المحال .

٣ — يجب أن يكون ابداء الرأى « صراحة » سواء كان قولا أو فعلا ، أما ابداء الرأى «قولا » فذلك — كما يقول فقهاء الشريعة — كأن يفتى الواحد منهم فى الواقعة بفتوى ، أما ابداء الرأى « فعلا » فذلك بأن يقضى فيها بقضاء (٢) .

ويترتب على ذلك أنه اذا أبدى بعض المجتهدين رأيه صراحة ، وسكت البعض الآخر عن ابداء الرأى فى مسألة من المسائل ، فأن الرأى الراجح لدى الأصوليين أنه لايوجد فى هذه الحالة اجماع حقيقى فلا يكون حجة شرعية وذلك لأنه — على حد تعبير الامام الغزالى « لا ينسب الى ساكت قول » (٣) .

٤ — ذلك الاجماع يشترط صدوره من « المجتهدين » لا من عامة المسلمين (٤) . ، وهنا يجدر بنا أن نعرف من هو « المجتهد » ، وما هى الشروط التى يجب توفرها فى الفرد (المسلم المكلف) كى يصبح فى عداد « المجتهدين » ؟

---

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، وراجع « المستصفى » للغزالى ج ١ حيث يقول أنه أن لم يكن من المستطاع معرفة رأى بعض المجتهدين أو مذهبهم « بالمشافهة » لتفرقهم فى مختلف الأقطار فأنه يمكن معرفة مذهبهم « بأخبار التواتر » «كما عرفنا أن مذهب جميع أصحاب الشافعى منع قتل المسلم بالذمى وبطلان النكاح بلا ولى الخ » .

(٢) « أصول الفقه » ص ٤٧

(٣) « المستصفى » للغزالى ج ١ ص ١٣١ ، « وأصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٧ وسوف نعود الى هذه النقطة بتفصيل أوفى ، وذلك بصدد الكلام عن « أنواع الاجماع » .

(٤) نلاحظ أن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١١٠) يعرف الاجماع بأنه « اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور الدينية » على أننا نجده فيما بعد (ص ١١٥) يبين أنه انما يقصد اتفاق «كل مجتهد مقبول الفتوى » أو « أهل الحل والعقد» ثم يقول « ويحسن تسمية ذلك اجماع الأمة قاطبة ، كما أن الجند اذا حكموا جماعة من أهل الرأى والتدبير فى مصالحة أهل قلعة=

تعريف — « فالمجتهد » هو من كان أهلا لا ستنباط الأحكام الشرعية جميعا ، ويسمى « المجتهد المطلق » . أما اذا كان أهلا لاستنباط الحكم الشرعى لمسألة معينة فحسب ، فأنه فى هذه الحالة يطلق عليه « المجتهد الخاص » أو « المجتهد الجزئى » (١) .

الشروط الواجب توفرها فى « المجتهد المطلق » تتلخص فيما يلى :

(أولا) المعرفة بآيات الأحكام وأسباب نزولها (أى حكمة التشريع) فلا تشترط المعرفة بجميع آيات القرآن ، وانما يكتفى فحسب بمعرفة الآيات المتعلقة بالتشريع ، ومعرفة الناسخ والمنسوخ منها (٢) .

(ثانياً) المعرفة بموقع كل باب من أبواب الحديث بحيث يغدو من اليسر الرجوع الى الحديث المراد الاستدلال به ، ولا يشترط هنا كذلك حفظ هذه الأحاديث (أحاديث الأحكام) .

(ثالثاً) المعرفة بأن المسألة التى هى موضع بحث المجتهد ليست مجمعا فيها على رأى يخالف رأيه .

= فصالحوهم على شىء ، يقال هذا باتفاق جميع الجند ، فاذاً كل مجمع عليه من المجتهدين ، فهو مجمع عليه من جهة العوام ، وبه يتم اجماع الأمة » وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٤٩) « أن الحكم الذى اتفقت عليه آراء جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية هو فى الحقيقة حكم الأمة ممثلة فى مجتهديها » على أنه يفهم مما كتبه الغزالى (المرجع السابق ص ١١٥) أن المسألة مختلف فيها ، ولو أن هذا الرأى هو الراجح .

(١) راجع « الاجتهاد فى الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى ص ١٢ حيث يقول « المجتهد والفقيه والمفتى تعد مترادفات فى اصطلاح علماء الأصول » — على أننا نوجه الأنظار الى أن « المفتى » يشترط فيه أن يكون عدلا بخلاف « المجتهد » ، ولكن فى حالة الاجماع انما يكون المجتهد مفتيا « فالعدالة (كما يقول الامام الغزالى) شرط القبول الفتوى لا شرط صحة الاجتهاد » راجع « المستصفى » للغزالى الجزء الثانى ص ١٠١ — ويلاحظ أنه اذا أطلق اصطلاح «الاجتهاد» فالمراد به الاجتهاد المطلق .

(٢) ويضيف علماء الأصول وأساتذة الشريعة عادة الى ما تقدم : « أنه لا يشترط حفظ تلك الآيات ، بل يكتفى بمعرفة موضع الآية التى يراد الاستدلال بها ، وما اذا كانت تلك الآية منسوخة أم غير منسوخة » راجع « المستصفى للغزالى » ج ٢ ص ١٠١ ، ١٠٢

(رابعاً) المعرفة باللغة العربية والنحو والصرف ، الى غير ذلك من علوم البلاغة التى تمكن الباحث من فهم الكتاب والسنة فهما صحيحا (١) .

أما الشروط الواجب توفرها فى « المجتهد الخاص » أو المجتهد الجزئى فهى أكثر يسراً من الشروط السالفة ، فمن أراد أن يكون مجتهداً فى مسألة من المسائل فحسبه أن يكون ملما بآيات الأحكام وأحاديث الأحكام ومواضع الاجماع المتعلقة بتلك المسألة فحسب (وذلك على وجه التفصيل الذى سبقت الاشارة اليه ، فضلا عن الالمام باللغة العربية الخ) ، الخلاصة أن عليه أن يكون عارفا بما يتعلق بتلك المسألة ومالابد منه فيها (٢) .

وهنا يلاحظ الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى أن مهمة المجتهد أصبحت ميسرة فى العصر الحديث ، بعد أن قام علماء أجلاء بجمع كل من آيات الأحكام ، وأحاديث الأحكام ، والناسخ والمنسوخ ، ومواقع الاجماع ، كل منها فى كتاب ، كما أصبحت تلك الأحكام مدونة فى كتب الفقه وفى شرح الحديث وكتب التفسير ، كما أن الحديث قد ميز صحيحه من فاسده وفرغ الناس من تدوين سير الرواة ، ومذاهب الفقهاء أصبحت جميعها مدونه وأدلتها معروفة ، مما لم يكن ميسورا لأحد فى العصور الأولى للاسلام (٣) .

٥ — الشرط الخامس من شروط الاجماع ، هو اتفاق المجتهدين المسلمين « فى جميع الأقطار » أو فى « الأمة الاسلامية » على حد تعبير فقهاء

---

(١) راجع « المستصفى » للغزالى جـ ٢ ص ١٠١ — ١٠٣ ، و « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ — ومن الأمور البدهية أن « المجتهد » يجب أن يكون أولا من المسلمين المكلفين ، فعلماء الدين المسيحى أو اليهودى أو غيره من الأديان لا يعدون بداهة من « المجتهدين » فى نظر الشريعة الاسلامية ، حتى ولو عنوا بالبحوث الفقهية الاسلامية كما هو شأن بعض المستشرقين الغربيين المسيحيين فى العصر الحديث .

(٢) ذلك ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى (فى كتابه « الاجتهاد فى الاسلام » ص ٢١) ، وكان ذلك — كما يقول — نقلا عن كتاب « الأحكام » للآمدى .

(٣) « الاجتهاد فى الاسلام » للمراغى ص ١٧ ، ١٨

الشريعة ، فلو كان هناك بعض من المجتهدين فى بعض الأقطار غير الاسلامية فأنه يجب معرفة رأيه وموافقته ، وذلك من أجل أن يكون ثمة حقا اجماع (١) .

ولقد كان الامام مالك يرى الحجة فى اجماع « أهل المدينة » فحسب ، وكان يرى البعض اجماع « أهل الحرمين » (مكة والمدينة) و« المصرين » (الكوفة والبصرة) ، ويبدو أن هذه الآراء كانت ترجع — كما يقول الامام الغزالى — الى اعتقاد أصحابها أن تلك البقاع كانت تجمع اذ ذاك جميع المجتهدين ، وهو — كما يقول — غير صحيح لأن المجتهدين « كانوا دائما متفرقين فى الأسفار والغزوات والأمصار » (٢) .

٦ — أن يحدث الاجماع فى أى عصر من العصور « بعد وفاة الرسول » أما فى حياة الرسول فلا مكان للاجماع ، لأن الرسول إما أن يوافق الصحابة المجمعين أو يخالفهم ، فأن وافقهم ثبت الحكم الشرعى بالسنة ، وأن خالفهم فلا عبرة باجماعهم (٣) .

٧ — أن يكون « موضوع الاجماع » أو « المجتهد فيه » على حد تعبير الامام الغزالى « أمرا من الأمور الدينية » (٤) .

٨ — ألا نجد فى المسألة التى يعرض لها الاجماع سوى « حكما شرعيا ظنياً » ، فالحكم الشرعى الثابت بدليل قطعى الثبوت والدلالة لا يصح

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١١٠ حيث يقول « فأن قيل لعل أحداً منهم (أى من المجتهدين) فى أسر الكفار وبلاد الروم قلنا تجب مراجعته » .

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١١٨ ، ١١٩ — ويضيف الى ما تقدم قوله : « وقد قال قوم الحجة فى اتفاق الخلفاء الأربعة ، وهو تحكم لا دليل عليه الا ما تخيله جماعة فى أن قول الصحابى حجة ، وسيأتى فى موضعه» ، ونحن كذلك سنعود الى الكلام تفصيلا عن هذه المسألة فى موضعها ، وذلك بصدد الكلام عن « مذهب الصحابى » (بين مصادر الشريعة المختلف فيها) .

(٣) « أصول الفقه » ص ٤٧ — و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٦٦

(٤) « المستصفى » للغزالى ج ١ ص ١١٠ على أن الامام الآمدى (فى كتابه « الأحكام فى أصول الأحكام» ج ١ ص ١٠١) لا يوافق الامام الغزالى على هذا الشرط ويرى أن الاجماع يصح أن يتم كذلك فى غير الأمور الدينية .

أن يكون موضوعا للاجتهاد ولا للاجماع ، وانما يكون الاجماع فى المسائل الاجتهادية التى يوجد لها دليل ظنى سواء كان حديثا من أحاديث الآحاد أم قياسا مثلا (١) .

٩ — الشرط الثامن والأخير من الشروط الواجب توفرها لصحة « الاجماع » هو كفالة حرية الرأى (٢) .

على أننا نرى أنه لا كفالة لحرية الرأى دون كفالة للحرية الشخصية التى تشمل — فيما تشمل « حق الأمن » أى حق الفرد أن يطمئن الى أنه لن يحبس أو يقبض عليه كنتيجة لاجراءات تعسفية ، وانما بناء على قرار من الهيئات القضائية (كقاعدة عامة) . أما قولنا « كقاعدة عامة » فذلك لأنه تستثنى عادة حالة التلبس بارتكاب جريمة ، فانه يمكن فى هذه الحالة القاء القبض على الشخص المتلبس دون انتظار لصدور أمر أو قرار من الجهات القضائية (٣) .

---

(١) « الاجتهاد فى الاسلام » للمراغى ص ٢٦

فلا موضع للاجتهاد ولا للاجماع فى المسائل المعلومة من الدين بصورة قطعية يقينية مثل وجوب الصلوات الخمس وصوم رمضان وحرمة الزنى والقتل الخ ، والمقدرات الشرعية مثل مقدار الزكاة والحدود على اختلاف أنواعها (حد الزنا وحد السرقة الخ) . وانما يكون الاجتهاد فى المسائل التى لم يرد فيها نص من الكتاب ولا السنة ، كما يكون الاجتهاد بصدد الدليل الظنى الثبوت من السنة ، فيبحث المجتهد عن سنده وحال رواته . ومن الأمور البدهية أن الاجماع لا يكون الا عن دليل شرعى يستند اليه وقد يكون الدليل هو الأخذ بالقياس مثلا . راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » صفحة ٢٦٦

(٢) نلاحظ أننا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة قد أشار الى هذا الشرط اللهم الا الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (فى كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٤) .

(٣) تشمل « الحرية الشخصية » La Liberté individuelle فى اصطلاح الفقه الدستورى الحديث الأشياء الثلاثة الآتية :

(ا) حرية الغدو والرواح

(ب) حق الأمن droit de Sureté أى حق الفرد أن يطمئن الى أنه لن يحبس أو يقبض عليه بصورة تعسفية (وذلك على وجه التفصيل الذى سبق أن بيناه) .

(ج) حرمة المسكن inviolabilité du domicile وهى تتضمن تحريم دخول المسكن الخاص الا بموافقة صاحبه ، وأنه ليس لرجال البوليس دخوله الا بناء على قرار من رجال السلطة القضائية (اللهم الا فى حالة التلبس) .

فهذه الحرية (لاسيما حق الأمن) هى فى الواقع أهم أنواع الحريات ، فحيث لا توجد فليس لحرية الرأى فى الواقع وجود ، وان وجدت طى نصوص القوانين أو الدساتير(١) .

أنواع الاجماع : « الاجماع الصريح » و « الضمنى »

أهم أنواع الاجماع التى ينقسم اليها — من حيث كيفية حدوثه — نوعان : اجماع صريح ، واجماع ضمنى .

فالاجماع الصريح يكون حيث يُرى المجتهدون يبدون جميعا رأيهم صراحة (بفتوى أو قضاء) — أما الاجماع الضمنى فيكون حيث نجد بعضهم قد أبدى رأيه صراحة ، والبعض الآخر قد سكت عن ابداء الرأى .

والاجماع الضمنى هو موضع خلاف بين الأصوليين ، فالبعض (ومنهم الحنفية) يرونه اجماعا أى حجة شرعية ، أما الرأى الراجح (وهو مذهب الجمهور فيرى) أن الاجماع الصريح هو وحده الاجماع حقيقة ، أى أنه وحده حجة شرعية بخلاف الاجماع الضمنى ، فعلى حد تعبير الامام الغزالى « لاينسب الى ساكت قول » (٢) .

---

(١) ولعل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت كان يشير الى ذلك حين وجدناه بعد اشتراطه كفالة « حرية الرأى للباحثين » يردف الى ذلك قوله : « وألا يتصل بها مظهر من مظاهر الضغط الذى قد يكبل به السلطان حرية الرأى » .

(٢) « المستصفى » للغزالى جـ ١ ص ١٣١ حيث يضيف الى ما تقدم بأن بعض الفقهاء يرى أن سكوت المجتهدين يصح أن يعد حجة « اذا دلت قرائن الأحوال على أنهم سكتوا مضمرين الرضا » — ومن ذلك الرأى أيضاً الأستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٥٤) ونريد هنا أن نوجه الأنظار الى أن أساتذة الشريعة يطلقون عادة على هذين النوعين : « الاجماع القولى » « والاجماع السكوتى » ، ولكننا آثرنا هذه التسمية التى ذكرناها .

ويذكر بعض أساتذة الشريعة نوعا ثالثا من أنواع الاجماع يطلقون عليه « الإجماع العملى » ، وهو يكون « حين يتفق المجتهدون على عمل » (راجع فى ذلك كتاب الأستاذ عمر عبد الله ص ٢١٧) ولكننا وجدنا البعض الآخر (كالأستاذ الشيخ خلاف فى كتابه «أصول الفقه » ص ٥٣) لم يشر الى ذلك النوع الثالث ، وكذلك شأن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى ») .

مصدر حجية الاجماع

يستندون — لتقرير حجية الاجماع (أولا) الى القرآن ، (ثانياً) الى الحديث أما الآيات القرآنية التى يستندون اليها فأهمها الآية الكريمة : « يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » — ولفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الدينى والأمر الدنيوى ، وأولو الأمر الدنيوى هم من نطلق عليهم فى العصر الحديث « الحكام » ، أما أولو الأمر الدينى فهم « المجتهدون » أو « أهل الفتيا » كما يطلق عليهم لدى رجال الشريعة(١).

واذا أريد تبرير اعطاء المجتهدين حق اصدار قرارات ملزمة للمسلمين (عن طريق « الاجماع ») فإنه يمكن أن يقال أن الله وقد ذكر فى القرآن أنه قد أتم دينه، وهو دين أبدى لأن الرسول هو خاتم المرسلين ، ولما كانت الأحكام الواردة فى القرآن والسنة لا تشمل جميع ما يستجد من المسائل والمشاكل ، لذلك كان من الضرورى أن نستنبط من النصوص ومن المبادىء العامة للاسلام وروحه حلولا لتلك المسائل . وبما أن العلماء (المجتهدين) هم المختصون بهذه المهمة (مهمة استنباط تلك الحلول) فان اجماعهم يعد معبراً عن يقين عن حكم الدين (٢).

---

(١) « أصول الفقه » ص ٤٩

وهناك آيات قرآنية أخرى تذكر لاثبات حجية الاجماع ، منها قوله تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، وأقوى تلك الآيات (كما يقول الغزالى) قوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما يتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » فهذه الآية تبين أن اتباع غير سبيل المؤمنين أمر محرم ، ومن ذلك فأنه يلزم اتباع سبيلهم ، وبذلك يكون الاجماع حجة .

راجع فى ذلك « المستصفى » للغزالى جـ ١ ص ١١١ وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٧١ ، ٢٧٢ حيث يستند الأستاذ الشيخ عمر الى كتاب « نهاية السول شرح منهاج الأصول » للبيضاوى جـ ٣ ص ٨٦٢ ، ٨٦٣

(٢) راجع فى ذلك ميو Milliot (أستاذ الشريعة الاسلامية بجامعة باريس فى كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » طبع بباريس ١٩٥٥ ص ١٢٧ .

Introduction a' L'étude de droit Musulman.

(ب) وأما عن السنة فإننا نجد الكثير من الأحاديث التى تعبر عن عصمة الأمة عن الخطأ ، وأهمها وأقواها الحديث المعروف : « لا تجتمع أمتى على الخطأ »،ومن تلك الأحاديث « لاتجتمع أمتى على الضلالة » ، ومنها قوله : « يد الله مع الجماعة » (١).

القوة القانونية للاجماع (أو حجية الاجماع)

اذا تحققت أركان الاجماع الثمانية (٢) أصبحت له حجة شرعية لا يجوز مخالفتها ، فالاجماع — فى نظر جمهور الفقهاء — حجة تفيد القطع واليقين لا الظن والرجحان ، ومرتبته تأتى بعد القرآن والسنة .

هل تسرى حجيته على العصور التالية ؟ — اذا كان لا يجوز لأحد أو لمجتهد أن يخالف هذا الاجماع ، فهل يجوز للمجتهدين جميعاً فيما بعد — ولو فى أحد العصور التالية — أن يعيدوا النظر فى تلك المسألة التى تناولها اجماع سابق ، وأن ينقضوها أو يخالفوها « باجماع » لاحق ؟ المسألة موضع خلاف بين فقهاء الشريعة .

(١) فالبعض يرى أنه ليس للمجتهدين — حتى فى عصر تال — مخالفة اجماع سابق ، لأن الحكم الذى ثبت بهذا الاجماع (السابق) هو« حكم شرعى قطعى لا مجال لمخالفته ولا لنسخه» (٣).

---

(١) « المستصفى للغزالى » جـ ١ ص ١١١

(٢) يلاحظ أن أساتذة الشريعة الاسلامية عادة يذكرون أربعة أركان (كما كان شأن الأستاذ الشيخ خلاف) أو خمسة (كما كان شأن الأستاذ الشيخ عمر عبد الله) وذلك لأنهم يدمجون أحيانا ركنين معا ، وكان الأوفق التمييز والفصل بينهما ، ثم أنهم فاتهم (اللهم الا الأستاذ الشيخ شلتوت) ذكر أحد الأركان وهو الركن الثامن (وقد سبق أن أشرنا الى ذلك) .

(٣) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٨

ونجد كذلك الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى » جـ ١ ص ١٢٢) يرى أنه لا يجوز نقض الاجماع من المجتهدين أنفسهم الذين وافقوا عليه ، لأنه فى هذا الحالة — على حد تعبيره « يكون أحد الإجماعين خطأ وهو محال » — ويبدو أنه يقول باستحالة ذلك الخطأ الاجماعى لأن فى هذا مخالفة للأحاديث المعروفة التى تقرر عصمة الأمة عن الخطأ — وقد ردد الأستاذ الشيخ عمر عبد الله هذا الرأى (فى كتابه ص ٢٧٠) حيث يقول « فالاجماع الذى هو فعل المجتهدين المجمعين اعتبر دليلا بالنسبة لمن جاء بعدهم بدون بحث عن المستند الذى استند اليه المجمعون فى اجماعهم » .

(ب) ويرى البعض الآخر بالعكس أن للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتى بعدهم — اذا تغيرت ظروف الاجماع — أن يعيدوا النظر فى المسألة وأن ينقضوا الاجماع السابق باجماع لا حق ، ومن باب أولى لا يكون الاجماع فى عصر من العصور ملزماً للمجتهدين فى عصر تال (١) .

ونحن نميل الى الأخذ بهذا الرأى الثانى ، اذ أن الرأى الأول لا يتفق مع روح المرونة التى تمتاز بها الشريعة الاسلامية والتى هى احدى خصائصها — كما قدمنا — ، بل أنه ليضفى عليها صبغة من الجمود الذى يعوقها عن النهوض والملاءمة مع الظروف المتطورة للمجتمع .

ويبدو لنا أن الرأيين متفقان على أن الاجماع اذا انعقد على أمر من الأمور فى عصر من العصور فإنه لا يجوز لمجتهد مخالفته ولو جاء ذلك المجتهد فى عصر من العصور التالية .

الفقه الحديث ينبذ مبدأ الجمود المطلق للتشريع . وهنا يجدر بنا أن نوجه الأنظار الى أن الرأى السائد فى الفقه الحديث ينبذ الرأى القائل بأن تشريعا من التشريعات ، سواء كان تشريعاً عاديا (أى قانوناً) أو تشريعاً دستوريا (أى دستوراً) يصح أن ينص على جموده جموداً مطلقاً، أى أن ينص على عدم قابليته للتعديل أو للألغاء ، فإن مثل هذا النص يعد باطلا قانوناً (٢).

---

(١) هذا هو ما يراه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (فى كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة ص ٤٧٥) حيث يقول : « اذا كان من أسس الاجماع اتفاق النظر فى تقدير المصلحة ، وهى مما تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال فانه يجوز للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتى بعدهم أن يعيدوا النظر فى المسألة على ضوء الظروف الجديدة ، وأن يقرروا ما يحقق المصلحة التى تقتضيها تلك الظروف ، ويكون الاتفاق الثانى اجماعا منهيا لأثر الاجماع الأول ، ويصير هو الحجة التى يجب اتباعها وإذا وجدت المصلحة فثم شرع الله » .

(٢) وقد سبق لنا أن عالجنا تفصيلا هذه المسألة فى كتابنا « الوسيط فى القانون الدستورى » (طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٢ — ١٠٧) وبتفصيل أوفى فى كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى» الجزء الأول طبعة١٩٥٢ ص ١٤٨ — ١٥٦ ، ولقد كان كلامنا قاصراً على بيان بطلان الرأى =

مقارنة بين الاجماع و« الفقه » المجمع عليه (بمفهومه لدى رجال القانون الوضعى فى مصر) .

يرى بعض الزملاء من أساتذة القانون لدينا أن الاجماع انما كان « الفقه المجمع عليه » . الواقع أن هذا الرأى يتطلب منا بعض ملاحظات ، على أننا يجب أولا أن نشير الى أن « الفقه » La doctrine بمفهومه المعروف لدى رجال القانون انما يقصد به مجموع الآراء التى يدلى بها فقهاء القانون الذين هم عادة فى العصر الحديث أساتذة القانون فى كليات الحقوق (الحاليون منهم والسابقون) (١) .

ملاحظات : ويتلخص ما نريد ابداءه من ملاحظات بهذا الصدد فيما يلى :

(أولا) أن الاجماع انما هو — كما قدمنا — اتفاق جميع « المجتهدين » ولكن يجب ألا يفوتنا أن « المجتهد » يصح أن يكون قاضياً ، والرأى الذى ينسب اليه فى المسألة (موضوع الاجماع) انما كان حكماً قضائياً ، والأحكام القضائية لا تعد جزءا من « الفقه » بمفهومه لدى رجال القانون .

= القائل (أو بطلان النص القاضى) بجمود التشريع الدستورى : وهو يتلخص فى أن مثل هذا النص لا قيمة له سواء من الناحية السياسية (أى العملية أو الواقعية) أو من الناحية القانونية ، أما القول بأننا اذا نظرنا الى الناحية الواقعية أو السياسية فأننا نجد أن هذا النص (أو الرأى) لا قيمة له فذلك لأنه ضد طبيعة الأشياء فهو سيظل نصا ميتا لأنه سوف يفقد الحياة على يد احدى الثورات أو الانقلابات ، فالهدف الأساسى للدستور انما هو بيان نظام الحكم فى الدولة طبقا للمبادىء والآراء السياسية والاجتماعية التى كانت سائدة وقت وضع الدستور ، وبما أن هذه المبادىء والآراء تتغير وتتطور ، لذلك لم يكن من الجائز أن نحدد نظام الحكم بصورة ثابتة لئلا يغدو يوما مخالفا للضرورات السياسية ولرغبات البلاد . أما من الناحية القانونية فأن مثل ذلك النص يعد باطلا ، لأن الدستور انما هو القانون الأساسى الأعلى للبلاد ، وكل قانون قابل دائما للتبديل والتعديل — وفى البلاد التى يقوم فيها الدستور على أساس مبدأ سيادة الأمة نجد أن النص على عدم التعديل يتناقض مع ذلك المبدأ ، فحرمان الأمة حق تعديل الدستور يعد بمثابة حرمان لها من العنصر الأساسى لتلك السيادة .

(١) بهذا المعنى استعملت كلمة الفقه فى قول البعض « ان الاجماع انما كان الفقه المجمع عليه » ، على أنه يقصد أحيانا « بالفقه » جماعة الفقهاء (أساتذة القانون) أنفسهم الذين يقومون بالادلاء بتلك الآراء شرحا للقانون أو تعليقا على أحكام القضاء ، فيقال مثلا : أن هذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه .

ثم أن المجتهد الجزئى (أو الخاص) لا يعد حتما من الفقهاء .

(ثانياً) أن كلمة « الفقه » بمفهومها لدى علماء الشريعة الاسلامية ذات معنى يختلف عن معناها المعروف لدى علماء القانون (كما بيناه) .

فلدى علماء الشريعة يقصد بالفقه : ذلك « العلم » الذى يبحث الأحكام الشرعية « العملية » ، وهى – كما قدمنا – تشمل العبادات والمعاملات ، فلا تشمل الأحكام الاعتقادية (كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالايمان به وبرسله الخ) اذ هى موضوع علم التوحيد (أو علم الكلام) (١) .

وأحيانا يقصد بكلمة الفقه تلك « الأحكام الشرعية العملية » ذاتها . والفقه بهذا المعنى المزدوج هو فى الواقع ما يقصد بعبارة «الشريعة الاسلامية» بمفهومها المعروف فى كليات الحقوق ، فالواقع أن استعمال كلمة الشريعة بهذا المعنى – كما يقول بعض علماء الشريعة – انما هو استعمال مجازى (٢) .

فكلمة « الشريعة » انما تستعمل – لدى علمائها – بمعنى أعم من الفقه بحيث يعد الفقه جزء منها ، اذ يقصد بها لديهم : جميع الأحكام التى شرعها الله لعباده على لسان أحد الرسل فهى تشمل ثلاثة أنواع من الأحكام أو من العلوم :

١ – علم الفقه : بالمعنى الذى سبق بيانه (الذى يشمل العبادات والمعاملات) .

٢ – علم الاخلاق (وهو يبين الأحكام المتعلقة بتهذيب النفوس واصلاحها) .

٣ – علم الكلام أو التوحيد (الذى يبحث فى الأحكام الاعتقادية)(٣).

---

(١) لزيادة التفصيل فى شرح المقصود « بالأحكام الشرعية العملية » راجع ما كتبناه بها من ص ٥

(٢) « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » (طبعة ١٩٥٩ ص ٣ ، ١٤) للأستاذ الشيخ محمد شلبى .

(٣) من الطريف ما يذكر من أن « الفقهاء » (أى علماء الفقه أو الشريعة كما يطلق عليه فى كليات الحقوق) كان يطلق عليهم فى فجر الاسلام « القراء » تمييزا لهم عن الذين لم يكونوا =

(ثالثاً) وأخيراً يجدر بنا أن نذكر أنه اذا كان الفقه (١) يعد فى العصر الحديث غير ذى قوة الزامية وأنه مجرد مصدر « تفسيرى » يسترشد به القاضى أى دون أن يكون ملزما باتباعه ، الا أنه (أى الفقه) كان له فى ظل بعض الشرائع فى الأزمنة القديمة شأن كبير ، حتى أنه كان يعد فى بعض الحالات أو بعض الأزمان مصدراً « رسمياً » (لا تفسيريا فحسب) من مصادر القانون كما كان الشأن فى القانون الرومانى ، وكذلك فى الشريعة الاسلامية ، على أنه لا يزال للفقه الاسلامى حتى اليوم فى بعض الأحوال شأن كبير .

(١) — فى القانون الرومانى — وحسبنا بيانا لما تقدم أن نذكر أنه حين آل الفقه الرومانى الى التدهور بعد انقضاء العصر العلمى الذى بلغ فيه ذلك الفقه أوج ازدهاره بل وعظمته (٢) أصدر امبراطور الدولة الرومانية الشرقية وامبراطور الدولة الرومانية الغربية قانونا مشتركا عام ٤٢٦ م . كان يلزم القضاة بالرجوع لآراء الخمسة المشهورين من فقهاء العصر العلمى والأخذ بها فيما يعرض عليهم من القضايا ، وبذلك أصبح الفقه مصدرا رسمياً للقانون (٣) . — وأخيراً نجد الموسوعة

=يقرءون القرآن ، اذ كان العرب أمة أمية كما هو معلوم ، فلما نهضت العرب حضارتهم واتسع سلطانهم وزالت الأمية عن الكثيرين منهم تغيرت تسمية « القراء » الى الفقهاء أو العلماء . راجع فيما تقدم « المدخل لدراسة الفقة الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى . طبعة ١٩٦١ ص ٩ — ١٣ ، ومؤلف « المدخل » المرجع (السابق) للأستاذ الشيخ محمد شلبى صفحة ١٣ — ١٥ .

(١) يلاحظ أننا نستعمل كلمة « الفقه » فى هذه النبذة بمفهومها المعروف لدى رجال القانون

(٢) يقع العصر العلمى ما بين عام ١٣٠ قبل الميلاد ، و ٢٨٤ بعد الميلاد أى ما يزيد قليلا عن أربعة قرون .

(٣) هؤلاء الفقهاء الخمسة الكبار هم جايوس ، بول ، البيان ، بابنيان ، مودستان ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الرأى الذى كان صوت بابنيان الى جانبه .

راجع فى ذلك بحثا للأستاذ الدكتور عمر ممدوح بعنوان : « الفقه عند الرومان » نشر بمجلة الحقوق : السنة الثالثة (١٩٤٨) العدد الرابع ص ٦٠٠ ، ٦٠١ .

(Digesta) التى جمعها الامبراطور جوستنيان فى القرن السادس الميلادى والتى هى عبارة عن أحكام القانون الرومانى انما كانت مستقاة من المؤلفات التى تركها كبار فقهاء الرومان فى العصر العلمى (١) .

(ب) — *فى الشريعة الاسلامية* — كان للفقه — كما قدمنا — شأن كبير فى تكوين الاجماع الذى يعد المصدر الثالث من مصادر الشريعة الاسلامية . على أن الفقه الاسلامى — خلافا للفقه الرومانى — لم تقتصر فحسب أهميته ومكانته على الأزمنة القديمة ، بل أنه لا يزال له حتى اليوم — كما قدمنا — شأن بل شأو كبير (٢) .

— ٤ —

القياس

تمهيد — ذهب جمهور علماء المسلمين الى أن القياس حجة شرعية وأنه فى المرتبة الرابعة من مصادر الشريعة الاسلامية ، بمعنى أنه اذا لم يوجد نص فى القرآن أو السنة يدل على الحكم الشرعى فى مسألة من المسائل كان الواجب أن نبحث عما اذا كان هناك اجماع من المجتهدين على الحكم الشرعى بصدد هذه المسألة فاذا لم يكن ثمة اجماع كان الواجب أن نلجأ الى استنباط الحكم الشرعى بطريق القياس أو بغيره من طرق الاستنباط .

---

(١) راجع فيما تقدم : « نظرية القانون » للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى طبعة ١٩٥٤ ص ١٩٣ ، ١٩٤ — و« المدخل للعلوم القانونية » للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى طبعة ١٩٦٠ ص ٣٥٦ — ٣٥٩ ، و« أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كيره الطبعة الثانية ١٩٦٠ ص ٢٦٢ — ٢٦٤

(٢) يلاحظ أننا نستعمل هنا اصطلاح « الفقه الاسلامى » بالمعنى المعروف لدى رجال القانون الوضعى .

تعريف : القياس — فى اصطلاح الأصوليين — هو الحاق واقعة لا نص على حكمها الشرعى بواقعة ورد نص (فى القرآن أو السنة) بحكمها ، وذلك فى الحكم الذى ورد به النص ، لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم(١) .

بين القياس والاجماع — اذا كان الحكم الشرعى لم يثبت بنص من القرآن أو السنة ، وانما ثبت باجماع سابق من المجتهدين ، فهل يصح القياس على هذا الحكم الشرعى الثابت بالاجماع ؟ المسألة موضع خلاف ويبدو أن الرأى الراجح أن القياس لا يصح الأخذ به فى هذه الحالة ، وذلك لأن الاجماع — كما يقولون — لا يتطلب فيه أن يذكر مع الحكم الشرعى المجمع عليه مستنده ، ولا سبيل الى ادراك علة الحكم بدون ذلك المستند ، ولا سبيل الى القياس بدون ادراك تلك العلة . ذلك كان الرأى الذى ذكره ورجحه الأستاذ الشيخ خلاف (٢).

على أنه يبدو لنا أنه يصح أن نتساءل : اذا كان السبب المسوغ لترجيح الرأى القائل بعدم الأخذ بالقياس فى هذه الحالة هو أن الحكم الشرعى المجمع عليه لا يشترط فيه أن تذكر معه أسبابه ، فلماذا لا يصح اذا القياس على الحكم الشرعى المجمع عليه فى الحالة التى تذكر فيها مع ذلك الحكم أسبابه ؟

---

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق ص ٥٥، ٣١٨) للاستاذ الشيخ خلاف ، حيث يذكر مثالا لذلك : قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص حكمها (بالحديث الشريف : « لا يرث القاتل ») وهو حرمان القاتل من الأرث ، لعلة هى أن قتله فيه استعجال للشىء قبل أوانه ، وقتل الموصى له للموصى توجد فيه هذه العلة ، فيقاس بقتل الوارث مورثه ويحرم القاتل للموصى من استحقاق ماأوصى به اليه .

وراجع كتاب « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للاستاذ الأكبر المرحوم الشيخ محمد الخضرى حسين (طبعة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٠١ حيث يقول بأن العلماء « قاسوا القضاء فى حال المرض على القضاء فى حال الغضب المنصوص عليه فى قوله صلى الله عليه وسلم « لا يقضى القاضى وهو غضبان » لأن علة المنع من القضاء متحققة فى حال المرض وهى قلق الفكر واضطرابه .

(٢) « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) ص ٦٥

وراجع « الاجتهاد فى الاسلام » للاستاذ الأكبر الشيخ المراغى حيث يذكر بين مصادر الشريعة (ص ٢٦) « القياس على النصوص » ، مما يفهم منه — فيما يبدو لنا — أنه لا يرى صحة القياس على الاجماع — وراجع عكس هذا الرأى فى مؤلف الاستاذ الشيخ عمر عبد الله « سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٨١

التفرقة بين القياس والاجتهاد . الاجتهاد — فى اصطلاح الأصوليين — هو بذل المجتهد أقصى الجهد لاستنباط حكم شرعى عملى بطريق القياس أو غيره من الأدلة الشرعية (١) .

مما تقدم يتبين أن « الاجتهاد » أعم من القياس ، وأن القياس مظهر من مظاهره لأن الاجتهاد هو بذل أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى عملى فى أية واقعة بأى دليل شرعى أو بالرجوع الى أى مصدر من مصادر الشريعة سواء كان نصا فى القرآن أو السنة أو كان اجماعا أو قياسا أو غير هذا أو ذاك ، فكل قياس هو اجتهاد ، وليس كل اجتهاد قياساً (٢) .

أركان القياس : يتبين من التعريف السابق أن كل قياس يتكون من أركان أربعة :

١ — « الأصل » أو « المقيس عليه » (أو « المشبه به ») وهو ماورد بحكمه نص (فى القرآن أو السنة) (٣) .

---

(١) « المستصفى فى علم الأصول » للامام الغزالى جـ ٢ ص ١٠١ ، وراجع مؤلف الشيخ خلاف الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (طبعة ١٩٥١) ص ٥ حيث يضيف الى ما تقدم قوله : « وبذلك يخرج من دائرة الاجتهاد الباحث الذى يتعرف الحكم الشرعى من نص صريح قطعى الدلالة لأنه لا يبذل فى الوصول الى هذا جهداً ولا « أقصى الجهد » كما ذكرنا فى التعريف ، فالوصول مثلا الى أن نصيب الابن من الأرث ضعف نصيب البنت نقلا عن قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » لا يسمى فى اصطلاح الأصوليين «اجتهادا »» ، ويضيف الى ما تقدم بأن قولنا «الأدلة الشرعية» يؤدى الى أن نخرج عن دائرة الاجتهاد بذل الجهد للوصول الى حكم شرعى من أقوال الأئمة أو عبارات المتون والشروح ، حيث أن الأدلة الشرعية المتفق عليها لدى الأصوليين هى — كما قدمنا — القرآن والسنة والاجماع والقياس .

(٢) لأن الاجتهاد قد يكون بذل أقصى الجهد فى الوصول الى حكم شرعى من نص ظنى أو بذل أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى بالاستحسان أو الاستصحاب أو غير ذلك (مما سيأتى بيانه فيما بعد) راجع « الاجتهاد والتقليد ..» (المرجع السابق) ص ٧ ، ٨

ويلاحظ أنه يطلق أحيانا على الاجتهاد بالقياس « الاجتهاد بالرأى » . راجع فى ذلك « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف (ص ٣٢٤) .

(٣) وقد تقدم القول بأن مسألة صحة القياس على الحكم الشرعى الثابت بالاجماع هى مسألة مختلف فيها ..

٢ — « الفرع » أو « المقيس » (أو « المشبه ») وهو مالم يرد بحكمه الشرعى نص ، ويراد تسويته بالأصل فى حكمه عن طريق القياس .

٣ — « الحكم الشرعى » المنصوص عليه فى الأصل ويراد أن يكون حكما شرعياً للفرع عن طريق القياس .

٤ — « العلة » هى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل ، وبناء على وجوده فى الفرع يسوى بالأصل فى حكمه .

فالاسكار وصف فى الخمر بنى عليه تحريمه ، ويعرف به (أى بالاسكار) وجود التحريم فى كل ما هو مسكر (ولولم يكن خمراً) (١) .

الأحكام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس

ليس كل حكم شرعى ثبت فى مسألة من المسائل يصح القياس عليه ، فهناك بعض شروط يجب أن تتوفر فى هذا الحكم الشرعى (أو « حكم الأصل » على حد تعبير الأصوليين وأساتذة الشريعة) ، فاذا لم تتوفر هذه الشروط فى ذلك الحكم فإنه لا يجوز أن يقاس عليه (أو بعبارة أخرى: لا يجوز « تعديته الى الفرع » على حد تعبيرهم) .

(فأولا) يجب أن يثبت هذا الحكم الشرعى بنص فى القرآن أو السنة ، أما الحكم الشرعى الذى ثبت باجماع المجتهدين ، فقد اختلف فى أمر القياس عليه كما قدمنا .

(ثانياً) أن يكون هذا الحكم الشرعى حكماً شرعياً « عملياً » ، فالأحكام

---

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٦٧ ، ٦٨

ويفرق الكثير من علماء الشريعة بين « الحكمة » و« العلة » ومن أراد الالمام بهذه التفرقة فليرجع الى « أصول الفقه » ص ٦٨ — ٧١ ، أو الى كتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٨٢ — ٢٨٥ ، وسوف نعرض للكلام عن هذه التفرقة فى مواضع متعددة فيما بعد

الشرعية الاعتقادية (كوجوب الايمان بالله وبرسله وكتبه وباليوم الآخر) لا يجرى فيها القياس (١) .

(ثالثاً) أحكام العبادات لا يجرى فيها القياس كذلك (٢) — شأنها فى ذلك شأن الأحكام الاعتقادية ، وذلك لأن العبادات كلها (كما يقول صاحب المنار) « قد تمت وكملت فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم كالعقائد، فليس لأحد أن يزيد فى الدين شيئاً يتعلق بالعبادة كما لا يزيد شيئاً بالعقائد، لأن الاعتقادات والعبادات هى الدين الذى قال تعالى فيه « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا» (٣) .

ثم أن هذه الأحكام التعبدية لا مجال للعقل الى ادراك « علة » تشريعية لها ، لذلك لا يسوغ اثبات حكم منها فى غير موضع النص بواسطة القياس ، فلا يسوغ مثلا بالقياس فرض صلاة سادسة أو صوم شهر آخر ، لأن أساس القياس — كما تبين من تعريفه — اشتراك الأصل والفرع (أى المقيس عليه والمقيس) فى علة الحكم ، فاذا كان الأصل (أو المقيس عليه) لا سبيل للعقل الى ادراك علته ترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يكون ثمة مجال للقياس ، لذلك كان المبدأ الذى اتفق عليه علماء الشريعة أنه لا قياس فى الأحكام الشرعية التى استأثر الله بعلم عللها . ولذلك تسمى الأحكام التعبدية « بالأحكام غير المعقولة (٤) » والرأى عندى أنه كان الأوفق بل والأدق تسميتها « الأحكام التى لا يدركها العقل » بدلا من «الأحكام غير المعقولة » لأن هذا

---

(١) وقد سميت هذه الأحكام « اعتقادية » لأن المقصود منها الاعتقاد دون العمل — ويجب ألا يفهم من اشتراط أن يكون الحكم الشرعى « عمليا » أن جميع الأحكام الشرعية العملية يصح أن يجرى فيها القياس ، فالواقع غير ذلك كما يتبين من الأمثلة والحالات التى سيأتى بيانها فأحكام العبادات (وغيرها مما سيأتى بيانه) مما لا يصح أن يجرى فيها القياس تعد من الأحكام الشرعية « العملية » .

(٢) من أمثلة أحكام العبادات : صوم رمضان وعلى أن يكون الصوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس ، وأداء خمس صلوات فى اليوم ، وعدد الركعات والسجدات فى كل صلاة، وتحديد نصاب الزكاة ومقدارها .

(٣) راجع مجلة « المنار » للأستاذ السيد محمد رشيد رضا (عدد سنة ١٣١٨ — ١٣١٩ هجرية ١٩٠١ ميلادية ص ١٦٩) .

(٤) فلا سبيل للعقل مثلا لادراك لماذا كان عدد الصلوات فى اليوم خمساً ولم تكن أربعا =

الاصطلاح الأخير قد يفهم منه أنها « ينبذها العقل » ، وفرق كبير بل خطير بين الاثنين .

(رابعاً) الحدود والكفارات لا يجرى فيها كذلك قياس ؛ فالحدود هى عقوبات مقدرة بالنص لجرائم معينة ، والكفارات عقوبات مقدرة بالنص لذنوب معينة أوجبت على المذنب تكفيراً لذنبه (١) .

أما الحكمة فى أن القياس لا يجرى فيها فترجع الى أمرين : (الأول) هو ذلك المبدأ الذى أشرنا اليه ، فالأحكام الشرعية المتعلقة بمقادير الحدود والكفارات تعد من « الأحكام غير المعقولة المعنى » اذ لاسبيل للعقل لكى يدرك مثلا علة تقدير الجلدات لجريمة الزنا بمائة جلدة دون التسعين أو مائة وعشر ، وأساس القياس — كما قدمنا — هو ادراك علة حكم الأصل .

والسبب (الثانى) أن الحدود تدرأ بالشبهات ، فقد قال الرسول : « ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ، والقياس دليل ظنى فيه شبهة (٢) .

(خامساً) الحالة التى يكون فيها حكم الأصل (المقيس عليه) مختصا به سواء لأن علة الحكم لا يمكن تصور وجودها فى غير المقيس عليه أو لأن دليلا (كحديث مثلا) دل على تخصيص حكم الأصل به . مثال ذلك ما يذكره الأصوليون من أنه لا يصح القياس على قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده (أى دون اشتراط تأييده بشاهد آخر كما تقضى بذلك الآية الكريمة المعروفة) وذلك لأن هذا الحكم الشرعى أو هذا الامتياز قد اختص به خزيمة وحده دون غيره من أفراد المسلمين وكان ذلك بناء على الحديث المعروف : « من شهد له خزيمة فهو حسبه » ، فالحديث المذكور قد دل على أن شهادة خزيمة وحده تقوم مقام شهادة رجلين ، وأن هذه خصوصية له (٣)

= أو ستاً — راجع فيها تقدم كتاب «الاجتهاد بالرأى : القياس — الاستحسان — الاستصلاح — الاستصحاب» للاستاذ الشيخ خلاف (طبعة ١٩٥٠) ص ٢٩ وكتابه «أصول الفقه» ص ٦٦، ٦٧ — وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر ص ٢٨٠

(١) من أمثلة الحدود عقاب الزانى بمائة جلدة، وثمانون جلدة لجريمة قذف المحصنات، وقطع اليد لجريمة السرقة ، ومن أمثلة الكفارات اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام لذنب الحنث فى اليمين .

(٢) راجع « الاجتهاد بالرأى » (المرجع السابق ذكره) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦ — ٢٩

(٣) « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٨١

(سادساً) الرخص – فالرخصة هى حكم استثنائى شرعه الشارع تخفيفا على المكلف فى حالة خاصة تقتضى هذا التخفيف ، مثل اباحة الفطر فى رمضان للمرض أو السفر ، فالاستثناء – كما يقول البعض – لا يجوز القياس عليه (١) .

على أن مسألة عدم جواز القياس على الاستثناء هى من المسائل التى كانت ولاتزال مثار خلاف سواء بين علماء الشريعة أو بين فقهاء القانون الوضعى ، لذلك رأينا أن نجعل لها نبذة خاصة

الاستثناء وهل يجوز القياس عليه

١ – **فى الشريعة الاسلامية** : نجد علماء الشريعة بهذا الصدد قد انقسموا الى رأيين مختلفين :

(الرأى الأول) الرأى الراجح السائد هو أن الاستثناء لا يقاس عليه ، ولقد اشتهر عن الحنفية قولهم : « ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه» (٢) ولقد جرت مجرى الأمثال بين الأصوليين عبارتهم المشهورة « ماثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس » ، وذلك لأن « ما جاء به معدولا عن الأصل العام – كما يقولون – هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها » (٣) .

(الرأى الثانى) وهناك فريق من علماء الشريعة يرى أنه اذا كان الاستثناء لعله مفهومه واضحة (« معقولة المعنى » على حد تعبيرهم) فأنه يجوز القياس

---

(١) « الاجتهاد بالرأى والتعارض بالترجيح » (طبعة ١٩٥٠) ص ٣٠ للأستاذ الشيخ خلاف .

(٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (المرجع السابق) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠

(٣) راجع « الاجتهاد بالرأى » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠ – وراجع أيضاً « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » (البحث السابق ذكره) للاستاذ الشيخ شلبى ص ٦٠ ، ٦١ ويضيف الى ما تقدم : « ويقول امام الحرمين (فى « برهانه » ص ٢٨٧) « أن المستثنى لا يقاس عليه » .

ويقول الأستاذ الشيخ مصطفى خفاجى (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالاسكندرية سابقا) فى كتابه « صفوة الكلام فى أصول الأحكام » الطبعة الثالثة ص ١٦٨ ، ١٦٩ أن المستثنى لا يقاس عليه « لأنه يكون معدولا به عن طريق القياس المسلوك وقاعدته المطردة » .

عليه فى حالة اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه (وهو المستثنى) . هذا هو الرأى الذى قال به الامام الغزالى : « أن المدار — كما يقول — هو وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد جاء القياس وأن لم يوجد امتنع » (١) .

٢ — **لدى رجال الفقه الوضعى** — وكذلك نجد بين رجال الفقه الوضعين رأيين مختلفين :

(الرأى الأول) يرى البعض أن المستثنى لا يجوز القياس عليه لأنه لا يجب التوسع فى تفسيره . ومن هذا الرأى فريق من رجال الفقه الفرنسى والمصرى(٢).

ويرى البعض أنه « يبدو أن منع القياس على المستثنى استنادا الى أنه لا يجب أن يتوسع فى تفسيره انما يقوم على أساس أن القياس من قبيل التفسير »(٣).

---

(١) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٦٠ ، ١٦١ ويبدو أن الاستاذ الشيخ شلبى من هذا الرأى ، وكذلك الأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (فى كتابه « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » الطبعة الخامسة ١٩٥٢ ص ٦٧) أن « الشرط لصحة تعدية حكم الأصل (المقيس عليه) أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكما مبتدأ ليس استثناء من حكم كلى وكونه حكما استثنائياً من حكم كلى » .

ويذكر الاستاذ الشيخ خلاف المثال الذى ضربه الامام الغزالى لهذه الحالة : وهو أنه يقاس على بيع الرطب (أى البلح) (على النخل) بالتمر للحاجة (وهو استثناء من القاعدة التى تقضى بتحريم بيع الجنس بجنسه) ، نقول أنه يصح أن يقاس على ذلك البيع بيع العنب على الكرم بالزبيب ، للحاجة أيضاً .

(٢) راجع فى ذلك الرسالة (thése) الممتازة للدكتور جلال على العدوى المدرس بالكلية وعنوانها «الاجبار القانونى على المعاوضة » والتى قدمت فى يونيه ١٩٦٠ ، حيث يشير (ص ٢٢٣ من نسخة الرسالة المطبوعة على الآلة الكاتبة) الى الاساتذة بلانيول وريبير وبولانجية من رجال الفقه الفرنسى ، والى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص من رجال الفقه المصرى .

(٣) هذا هو ما يراه الدكتور جلال العدوى (فى « رسالته » ص ٢٢٣ ، ٢٢٤) ، وهو يضيف الى ما تقدم قوله : « أما وأننا نرى فى القياس مصدراً احتياطيا للقانون أو طريقا من طرق البحث العلمى الحر فأن مثل هذا الاستناد لا يبقى له وجه » .

على أننا نلاحظ أن الدكتور سليمان مرقص ليس ممن أبدوا رأيهم فى صراحة وفى غير تردد بأن القياس وسيلة من وسائل التفسير — راجع فى ذلك مؤلفه : المدخل للعلوم القانونية (الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٢٠٧ ، ٢١٢ ، ٢٦٥ حيث يذكر القياس بين « مصادر القانون » ، ولو أنه — فيما يبدو لنا — قد سبق له أن أبدى بعض التردد بهذا الصدد . وسوف نعود الى الكلام عن ذلك تفصيلا فى « المبحث الرابع » .

(الرأى الثانى) — ويرى بعض من رجال الفقه الفرنسى أن المستثنى يجوز القياس عليه ، اللهم الا اذا كانت القاعدة (المستثناه) « قاعدة خاصة » بالمعنى الضيق (١).

التفرقة بين القواعد القانونية الاستثنائية ، والقواعد الخاصة (بالمعنى الواسع ، وبالمعنى الضيق) .

لما تقدم يجدر بنا أن نبين متى تكون القاعدة القانونية استثنائية Loi d'exception ومتى تكون « قاعدة خاصة » Loi d'espèce ، ثم نبين متى تكون القاعدة الخاصة « قاعدة خاصة بالمعنى الواسع » ومتى تكون « قاعدة خاصة بالمعنى الضيق » ؟ — هنالك آراء متعددة بصدد المعيار الذى يجدر بنا أن نختاره لأجراء هذه التفرقة (٢) . وأفضل الآراء — فيما يبدو لنا — هو ذلك الذى يقول اصحابه :

(ا) أن الذى يميز القاعدة الاستثنائية هو أنها تقضى بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أى قاعدة عامة تقررت ابتداء) .

(ب) أما القاعدة القانونية الخاصة بالمعنى الواسع فهى تلك التى تأتى بحكم خاص لحالة معينة دون أن يقضى هذا الحكم بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أو قاعدة عامة تقررت ابتداء) ، مثال ذلك القواعد الخاصة بايجار الاراضى الزراعية ، فهذه القواعد جاءت بأحكام خاصة لحالة كانت تتسع لها القواعد العامة فى الايجار ، وهى وأن كانت قد قضت بغير ما تقضى

---

(١) هذا هو الرأى الذى قال به الفقيه الفرنسى الكبير جينى Gény فى مؤلفه الشهير : « طريقة التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى » Méthode d'interprétation et Sources en droit Privé Posittf, (الطبعة الثانية ١٩٣٢) ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢) لزيادة التفصيل راجع رسالة الدكتور جلال العدوى ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ حيث ننقل منه — فى ايجاز — تلك التفرقة .

به تلك القواعد العامة ، الا أنها لم تقض بعكس ما قضت به ، ومن ثم كانت قواعد خاصة ولم تكن قواعد استثنائية . ففى هذه الحالة يجوز إعمال القياس .

(ج) أما القواعد الخاصة بالمعنى الضيق فهى تلك التى يختص فيها حكم القاعدة بالحالة التى تعرض لها ، اختصاصاً يحول دون تعديته بالقياس الى ما عداها (١)

وقد سبق لنا أن أشرنا الى أن الأصوليين من علماء الشريعة يعرفون هذه الحالة الأخيرة ، وهم يصفونها بأنها هى « الحالة التى يكون فيها حكم الأصل (المقيس عليه) مختصا به» ، وهم يرون كذلك أنه لا يصح القياس بصدد هذه الحالة ، ويضربون لذلك مثلا : عدم صحة القياس على قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده (٢) .

أدلة حجية القياس

استدلوا على حجيته بالقرآن والسنة وبأقوال الصحابة وأفعالهم ، وبالدليل العقلى :

(أولا) القرآن : استدلوا بعدة آيات قرآنية تتضمن تشبيه الشىء بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم الشرعى (٣) ، كما استدلوا ببضعة آيات تدعو الناس الى « الاعتبار » ، كما فى قوله تعالى ــ بعد أن ذكر قصص

---

(١) كان ذلك نقلا عن رسالة الدكتور العدوى ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

(٢) راجع نبذة « خامسا » تحت موضوع « الأحكام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس » من بحثنا هذا .

(٣) قال ابن القيم فى كتابه« اعلام الموقعين » « اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلا تضمن تشبيه الشىء بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم » ،ومن تلك الآيات قوله تعالى « قل يحييها الذى أنشأها أول مرة » جوابا لمن قال من الكفار المنكرين البعث بعد الموت « من يحيى العظام وهى رميم » فقاس النشأة الثانية على النشأة الأولى فى الامكان وجعل الأولى أصلا والثانية فرعا . راجع فيما تقدم « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩٠ حيث نقلنا ذلك عنه .

بعض الرسل وأحوال من كفروا من السالفين وما أصابهم من جزاء — « فاعتبروا يا أولى الأبصار » ، وقوله تعالى : « لقد كان فى قصصهم عبرة » ، ويقولون أن « الاعتبار » هو الاتعاظ بسنة من سنن الله فى خلقه وهى أن حكم النظير يطبق على نظيره ، وهذا هو القياس (١) .

(ثانياً) السنة : أن ثمة الكثير من الاحاديث التى تقر الأخذ بالقياس أو التى تبين أن الرسول ذاته أخذ بالقياس فى كثير من الأحكام الشرعية التى قررها — وحسبنا هنا أن نذكر لذلك مثالا : هو الحديث الشهير عن معاذ بن جبل وخلاصته أن الرسول حين أراد أن يبعث به قاضيا الى اليمن سأله : كيف تقضى ؟ فأجابه : أقضى بكتاب الله فان لم أجد فبسنة رسوله فان لم أجد أجتهد رأيى فأقره الرسول على ذلك. والقياس نوع من الاجتهاد (٢)

(ثالثاً) وكذلك جرى الصحابة — سواء فى عهد الرسول أو بعده — على الأخذ بالقياس فيما أجتهدوا فيه من الاحكام الشرعية ، حين لم يجدوا نصاً فى الكتاب أو السنة ، من ذلك ما يذكر عن عمر بن الخطاب أنه قال لأبى موسى الأشعرى « أعرف الأشباه والأمثال فقس الأمور عند ذلك » (٣)

(رابعاً) الدليل العقلى : يقول علماء الشريعة أن الله انما شرع الاحكام لمصالح العباد فاذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها ،

---

(١) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٥٨ ، ٥٩ — ويضيف الشيخ خلاف الى ما تقدم قوله : « ألا ترى أنه اذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين ان فى هذا لعبرة لكم ، أو اعتبروا ، فأنه لا يفهم من قوله ألا أنكم مثله ، فان فعلتم فعله عوقبتم عقابه »

(٢) « أصول الفقه » ص ٥٩ و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩١

(٣) راجع فيما تقدم « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩٣ ، و« أصول الفقه » ص ٦٢ وراجع كذلك « أعلام الموقعين » لابن القيم . ج ٢ حيث ذكر عدة فتاوى للصحابة أخذوا فيها بالقياس .

وفى الجزء الأول ص ١٨٢ يقول ابن القيم : « أن الصحابة قدموا الصديق فى الخلافة وقالوا رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لدنيانا ، فقاسوا الامامة الكبرى على أمامة الصلاة » .

وذلك فى علة الحكم التى هى مظنه المصلحة ، قضت الحكمة والعدالة أن يطبق على المسألة الأولى حكم المسألة الأخرى تحقيقاً للمصلحة التى هى غاية الشارع مما قرره من تشريع ، ثم أن النصوص — كما يقولون — محدودة والوقائع والأقضية تتحدد بحكم التطور وتتعدد ، ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة — كما يقولون — هى المصدر التشريعى الوحيد للوقائع والأقضية غير المحدودة (١) .

خلاصة ذلك الدليل العقلى أنهم يريدون القول — فيما يبدو لنا — أن الأخذ بالقياس هو مما تقضى به مبادىء العدالة والمساواة والصالح العام ، وذلك كله مما تهدف الأحكام الشرعية الى تحقيقه .

ازدهار القياس بعد الفتوحات الاسلامية :

مما تجدر هنا الاشارة اليه أن ما حدث بعد وفاة الرسول من اتساع الدولة الاسلامية اتساعا عظيما وسريعا قد أدى بالمسلمين الى أن يواجهوا بهذا الفتح مسائل كثيرة فى كل شأن من شئون الحياة ، مما يحتاج الى تشريع لم يكونوا بحاجة اليه وهم فى شبه جزيرة العرب ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة قد نصا فى المسائل الجزئية على كل ما كان وما هو كائن ، فترتب على ذلك كثرة الالتجاء الى القياس الذى كان يطلق عليه أحيانا « الرأى » (٢) .

---

(١) أو على حد تعبير الامام الشهرستانى فى كتابه « الملل والنحل » « أن النصوص متناهية ، ومالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى » (نقلا من كتاب « سلم الوصول » ص٢٩٤ ، ٢٩٥) راجع كذلك « أصول الفقه » ص ٦٢

(٢) راجع فى ذلك « فجر الاسلام » (الطبعة السابعة ١٩٥٥) ص ٢٣٤ للمرحوم الاستاذ الكبير أحمد أمين حيث يقول ما نصه « توفى رسول الله وانقطع الوحى واتسعت المملكة الاسلامية اتساعا عظيما وسريعاً وعجيبا ، ففى السنة الرابعة عشرة من الهجرة فتحت دمشق ، وفى السابعة عشرة تم فتح الشام كله والعراق وفى الحادية والعشرين تم فتح فارس وفى السادسة والخمسين وصل المسلمون الى سمرقند ، وفى الغرب أخذت مصر فى سنة عشرين ، ثم امتدت الفتوح الى المغرب ، وأخذت أسبانيا حوالى عام ٩٣ هـ ، ونال المسلمون من الغنى فى المال والرقيق وزخرف الحياة =

وهناك طائفة من الفقهاء عرفت — فى تاريخ الفقه الاسلامى — « بأهل الرأى » وكان يقصد بهؤلاء أولئك الذين كانت طريقتهم فى البحث والاستدلال هى الاقلال قدر المستطاع من الأخذ بالأحاديث والتشدد فى شروط قبولها نظراً لشيوع الوضع أو الشك فى كثير منها ، وايثار الأخذ بالقياس ، وتحكيم القواعد العامة — وروح التشريع — أما أولئك الفقهاء الذين آثروا الأخذ بالحديث على الأخذ بالقياس ، وأخذوا من الحديث بما لا تأخذ به تلك الطائفة الأولى ، فقد عرفوا « بأهل الحديث » (١) .

أوجه الاختلاف بين التشريعين الاسلامى والمصرى بصدد القياس

يمكننا أن نلخص أهم أوجه الاختلاف هذه فيما يلى :

(أولا) — أن علماء الشريعة يفرقون بين « العلة و« الحكمة » ، كما يفرقون بين القياس « الجلى » والقياس « الخفى » — وهذه من وجوه التفرقة التى لا يعرفها التشريع المصرى ولا التشريع أو الفقه الوضعى بوجه عام .

=مالا عهد لهم به من قبل،وكانت هذه الممالك المفتوحة غنية وكانت ممدنة كأرق ما وصلت اليه المدنية فى ذلك العصر ، تمثلت الحضارة الفارسية فى فارس والعراق ، والحضارة الرومانية فى مصر والشام . ولم يكن الفتح الاسلامى سلبا ونهبا وتدميراً ، انما كان فتحا منظما يسير فيه القراء والمعلمون والقانونيون مع الجند الفاتحين ويحلون حيث حل الجند ، فواجه المسلمون بهذا الفتح مسائل كثيرة — فى كل شأن من شؤون الحياة — تحتاج الى تشريع لم يكونوا يحتاجون اليه وهم فى جزيرة العرب .. فواجه المشرعون الأولون أمراً عظيما ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة نصا فى المسائل الجزئية على كل ما كان وما هو كائن ، فنتج عن هذا أن كان أصل آخر من أصول التشريع ، وهو الرأى الذى نظم بعد وسمى القياس » — ثم يضيف الى ما تقدم (بصفحة ٢٣٦ ، ٢٣٧) أن الصحابة «كانوا يستعملون هذه الكلمة (« الرأى ») بالمعنى الذى نفهمه الآن من كلمة «العدالة» وبعبارة أخرى ما يرشد اليه الذوق السليم بما فى الأمر من عدل أوظلم ،وفسره ابن القيم « بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل ، وطلب لمعرفة وجه الصواب » ، ثم يقول المؤلف ولعل عمر بن الخطاب كان أظهر الصحابة فى هذا الباب ، وهو استعمال الرأى ، فقد روى عنه الشىء الكثير وكان هذا من توفيق الله للمسلمين فأن عمر قد واجه من الأمور المحتاجة الى التشريع مالم يواجه خليفة قبله ولا بعده ، فهو الذى فتحت على يده الفتوح ومصرت الأمصار ، وخضعت الأمم المتمدينة من فارس والروم لحكم الاسلام ، وهى حالة لم يحدث بعد نظيرها ...» .

(١) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٨ للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت .

(ثانياً) يأخذ علماء الشريعة بالقياس فى ميدان القانونى الجنائى ، فيعدون فعلا من الأفعال جرما (يعاقب عليه ،فى الدنيا والآخرة) أو على حد تعبيرهم « محرما » لا لأنه نص على تجريمه أو تحريمه ، وانما قياسا على فعل آخر نص عليه ، كما أنهم يقررون أحيانا عن طريق القياس عقوبة على جرم لم تبين عقوبته بنص من النصوص .

أمثلة — ١ — فمثلا يرى علماء الشريعة تحريم النبيذ قياسا على الخمر الذى ورد نص فى القرآن بتحريمه (١)

٢ — وكذلك يرى علماء الشريعة تحريم « احراق مال اليتيم » قياسا على « أكل مال اليتيم » الذى نص عليه فى الآية الكريمة : « أن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » ،وذلك — كما يقولون — لاشتراك هذين الفعلين فى « العلة » وهى « الاعتداء على مال الغير العاجز عن دفع العدوان » (٢)

٣ — ويذكر عن الامام على ابن أبى طالب أنه رأى أن تكون العقوبة التى تنزل بشارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على العقوبة (التى تعد « حداً » من الحدود) التى نص القرآن عليها بصدد القاذف (٣)

فقد قال الامام على عن شارب الخمر أنه « اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى فعليه حد المفترى» (٤) (أى القاذف) .

---

(١) راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » (المرجع السابق ذكره) ص٢٨٠ — نلاحظ هنا أنه لو أن علماء الشريعة ذكروا أن النبيذ يعد محرماً لأنه يعد نوعا من أنواع الخمر الذى نص على تحريمه لما كان لنا أن نذكر هنا هذا المثال ، ولكنهم يقولون أن النبيذ يعد محرما قياسا على الخمر « لاشتراكهما فى العلة التى هى الاسكار »

(٢) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٨٠

(٣) يلاحظ أن القرآن نص على تحريم الخمر دون أن ينص على بيان العقوبة (أو الحد) لذلك الجرم .

(٤) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٩٣

خلاف حول القياس بصدد الحدود – على أننا نجد علماء الشريعة قد اختلفوا فى بعض الحالات لاسيما فيما يتعلق بالحدود ، فمذهب الحنفية لا يرى الأخذ بالقياس فى توقيع عقوبات الحدود (١) .

على أن علماء الشريعة – فيما يبدو – متفقون على عدم توقيع الحد بقطع يد الغاصب قياساً على حد قطع يد السارق (٢)

٢ – الخلاف حول القياس والانتقادات الموجهة اليه

تمهيد – ثار بعض من الخلاف بين بعض من علماء الشريعة بصدد حجية القياس أى بصدد الأخذ به واعتباره مصدرا من مصادر الشريعة ، فأصحاب المذهب الظاهرى (ومن أقطابه الامام بن حزم وداود الظاهرى) كانوا يرفضون اعتبار القياس دليلا من أدلة الأحكام الشرعية (أى من مصادرها) وقد وافقهم علماء الشيعة الامامية وفريق من المعتزلة (وعلى رأسهم النظام) وكان يطلق عليهم «نفاة القياس » (٣)

---

(١) راجع كتاب « نبراس العقول » ص ١٢٣ وقد أشار اليه الأستاذ الشيخ عمر فى كتابه « سلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٩٣ بالهامش رقم ١

(٢) راجع « صفوة الكلام فى أصول الأحكام » (طبعة ١٩٤٧) ص ١٦٦ للاستاذ الشيخ مصطفى خفاجى ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامى للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (طبعة ١٩٦١) ص ١٩٥ هامش رقم ١

(٣) راجع «علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (طبعة ١٩٥٢) ص ٣٢٤ للاستاذ الشيخ خلاف ، و«المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » المرجع السابق ص ١٩٤ ١٩٥

ويذكر عن الامام ابن حنبل أنه لم يكن يأخذ بالقياس الا لدى الضرورة القصوى ، وأنه كان يفضل عليه الحديث الضعيف – راجع فى ذلك « ضحى الاسلام » طبعة ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٦ ميلادية ص ٢٤٠

ومما يذكر عن الامام أبى حنيفة أنه قال أن عمر بن الخطاب نهى عن المكايلة أى المقايسة (أو القياس) – راجع فى ذلك « أعلام الموقعين » للامام ابن القيم الجزء الأول ص ٢٢٠ ، وراجع عكس هذا الرأى « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى »(المرجع السابق) ص ١٩٥ حيث يرى المؤلف=

ولذلك وجدنا أحد أساتذة الشريعة الحاليين لدينا بمصر لا يضع القياس بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، وانما يضعه بين المصادر المختلف عليها(١) .

أما أسباب ذلك الخلاف فترجع الى ما يوجهه « نفاة القياس » من انتقادات الى القياس ، وما يبدونه من أسباب تؤيد وجهة نظرهم فى عدم الأخذ بالقياس.

أما تلك الانتقادات (والأسباب) فتتلخص فيما يلى :

١ ــ لأن الأخذ بالقياس يؤدى أحيانا الى الحرج وتنتفى معه المصلحة ، ولذلك نجد علماء الحنفية يتركون أحيانا القياس للأخذ بالاستحسان (كما قدمنا) (٢) .

٢ ــ يقولون أنه لوكان القياس حجة لما تعارضت الأقيسة وناقض بعضها بعضا ، بعبارة أخرى أن القول بجواز الأخذ بالقياس هو مما يؤدى الى حدوث الاختلاف ، والاختلاف هو مما حذر منه فى كتاب الله الكريم فى كثير من آياته منها قوله تعالى « ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات » (٣) .

=أن كتاب عمر الى أبى موسى الأشعرى حين بعثه قاضياً باليمن هو مما يفيد الأخذ بالقياس ــ ويذكر عن أبى عبد الله الخوارزمى (المتوفى عام ٣٨٧ هـ) وهو ممن كتبوا فى مبادىء العلوم وكلياتها أنه قال بأن أصول الفقه المتفق عليها ثلاثة : الكتاب والسنة والاجماع ، والمختلف فيها ثلاثة : القياس الخ» « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » (المرجع السابق) ص ١٨٣

(١) راجع « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى» (طبعة ١٩٦٠) ص ٢٦ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وراجع كتابه : "المدخل" (طبعة ١٩٦١) ص١٩٤ ، ١٩٥

(٢) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى (بحث منشور بمجلة الحقوق بالعدد ين الأول والثانى من السنة التاسعة (١٩٥٩ ــ ١٩٦٠) ص ١٦٦

(٣) « أعلام الموقعين » لابن القيم جـ ١ ص ٢٢٤

ويجب ألا ننسى أن القياس انما يجرى لاتحاد « العلة » بين المقيس والمقيس عليه لا لاتحاد الحكمة ، وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ على الخفيف (فى كتابه السابق ذكره «أسباب اختلاف الفقهاء » ص ٢٢١) : « وقد لا ينص على علة الحكم وعندئذ يسلك الفقهاء فى بيانها وتعرفها من الطرق ما يتوصلون به الى تعيينها ، وهى طرق ظنية تقوم على البحث والنظر والوزن وهم فى ذلك كما نعلم مختلفون » .

٣ ـ ويقولون أنه لوكان القياس حجة لكان كذلك فى زمن الرسول ، فما دام أنه لم يكن حجة فى زمنه لم يكن حجة بعده (١) .

٤ ـ وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن القياس فى الشريعة الاسلامية ـ كما هو معلوم ـ هو قياس على « العلة » لا على « الحكمة » التى هى الباعث على التشريع والمصلحة التى يهدف اليها الشارع ـ و« العلة » كما عرفها علماء الشريعة هى « الأمر الظاهر المنضبط الذى بنى عليه الحكم الشرعى لأنه مظنة لحكمته » ـ ومن ذلك يتبين أن القياس يحقق المصلحة بصورة ظنية لا بصورة يقينية

الفرع الثانى

المصادر المختلف عليها

أما وقد انتهينا من بيان المصادر (أو « أدلة الأحكام ») المتفق عليها بين جمهور علماء الشريعة ، فاننا ننتقل الى بيان المصادر (أو الأدلة) المختلف فيها ، وأهمها ستة وهى :

(١) الاستحسان (٢) المصالح المرسلة (٣) العرف (٤) الاستصحاب (٥) شرع من قبلنا (٦) مذهب الصحابى ـ واليكم كلمة عامة عن كل منها .

---

(١) أعلام الموقعين (المرجع السابق) ص ٢٢٨

على أن البعض يرد على ذلك القول بأن الحديث المعروف عن رسول الله حين بعث معاذ بن جبل قاضيا الى اليمن وقال له كيف تقضى اذا عرض لك قضاء فكان جواب معاذ بأنه اذا لم يجد نصاً فى الكتاب أو السنة فأنه يجتهد رأيه وقد أقره الرسول على ذلك ، نقول أن هذا الحديث يعد ـ كما يقولون ـ بمثابة موافقة من الرسول على الأخذ بالقياس لأن الاجتهاد يشمل القياس . وذلك فضلا عن أن الثابت فى صحاح السنة أن الرسول كان فى كثير مما عرض عليه من الوقائع يأخذ بالقياس راجع فى ذلك « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) ص ٥٩ وراجع « صفوة الكلام » للاستاذ الشيخ خفاجى ص ١٦٧ ، ١٦٨ حيث ذكر عدة أمثلة لحالات أخذ فيها الرسول بالقياس .

١ – الاستحسان

تمهيد – اشتهر علماء الحنفية بالأخذ بالاستحسان – ولقد تعددت التعاريف للاستحسان، وخير التعاريف – فيما نعتقد – أقصرها، وذلك إذا دل مبناه على معناه، وخير تعريف للاستحسان – فيما رأينا – هو ذلك الذي ذكره أحد علماء الحنفية (أبو الحسن الكرخي)، ونحن نثبته هنا فيما يلي :

تعريف – الاستحسان هو « العدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول – ويدفع أصحاب الاستحسان الى هذا العدول الرغبة فى تقرير استثناء لاحدى الجزئيات من احدى القواعد الكلية أو من الأقيسة الفقهية، وذلك لأن العدالة أو المصلحة تتطلب تقرير هذا الاستثناء، أى لأن فى تقريره دفعا لمشقة أو رفعا لحرج وجلبا لمصلحة (١)

التفرقة بين القياس والاستحسان – اذا رجعنا الى تعريف كل من القياس والاستحسان فأنه يتبين لنا أن أهم ما يفرق بينهما يتلخص فى أننا فى حالة القياس نجدنا حيال مسألة لا نص ولا اجماع على الحكم الشرعى بصددها، ثم يراد أن يطبق عليها الحكم الشرعى المنصوص عليه بصدد مسألة أخرى تشترك مع تلك المسألة الأولى فى علة الحكم .

أما فى حالة الاستحسان فأننا نجدنا ازاء مسألة عرف حكمها الشرعى بناءعلى نص أو قياس، ولكن من شأن تطبيق النص أو القياس عليها أن يؤدى

---

(١) راجع فيما تقدم « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبى ص ١٥٦، وكتابه « المدخل » (المرجع السابق ذكره) ص ١٧٦

ويعرف البعض الاستحسان بأنه «عدول المجتهد عما يقضى به قياس جلى للأخذ بما يقضى به قياس خفى، أو عدوله من حكم كلى للاخذ بحكم استثنائى، وكان هذا العدول مستندا الى دليل تبينه المجتهد فحمله على العدول عما عدل عنه، وعلى الأخذ بما أخذ به » – هذا التعريف استخلصناه واقتبسناه من التعريف الذى أورده الاستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه »ص ٨٧)، وكذلك من التعريف الذى ذكره الأستاذ الشيخ عمر (فى كتابه « سلم الوصول ص ٢٩٧) نقلا عن أحد علماء الحنفية .

الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، نظراً لبعض ملابسات وظروف خاصة بهذه المسألة ، لذلك لزم العدول عن تطبيق عموم النص ، أو عن تطبيق القياس (١)

العمل بالاستحسان — إن الاستحسان — بمفهومه الذى يتبين من تعريفه السابق — قد عمل به الصحابة فى وقائع عديدة ، من ذلك مثلا أنهم حكموا بأرث المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته مع أن الأصل (أى القاعدة الكلية) انتهاء الأرث بانتهاء العلاقة الزوجية (الطلاق) لزوال الموجب للميراث وهو الزوجية (٢) — ويلاحظ أن الصحابة عملوا بالاستحسان قبل أن تعرف تسميته هذه ، فهو لم يعرف بهذا الاسم ولم يتبين أحكامه وصفاته الا فيما بعد ، فى عصر الأئمة أى منذ القرن الثانى للهجرة .

وكذلك عمل الأئمة الأربعة بالاستحسان ، على أن الأمر فيما يتعلق بالامام الشافعى يتطلب شيئا من الايضاح والتفصيل سنعرض لبيانه فيما بعد

أنواع الاستحسان — يبين مما تقدم أن الاستحسان نوعان :

(النوع الأول) الميل عن قياس جلى الى قياس خفى . ويعبر الأصوليون بذلك عن تلك الحالة التى يترك فيها القياس الذى يؤدى الى تفويت مصلحة ليؤخذ بما يؤدى الى تحقيق تلك المصلحة (٣)

وأهم مثالين من الأمثلة التى يذكرها علماء الحنفية لهذا النوع ، نذكرهما فيما يلى :

(المثال الأول) : اذا وقف الواقف أرضاً زراعية يدخل حق المسيل وحق الشرب وحق المرور فى الموقوف تبعاً دون ذكرها ، وذلك

---

(١) راجع « الاجتهاد بالرأى » للاستاذ الشيخ خلاف طبعة ١٩٥٠ ص ٧٧

(٢) « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبى ص ١٥٣

(٣) راجع الهامش رقم ١ ص ٩٠ وسوف نعود الى الكلام عن « القياس الجلى » والقياس الخفى » بتفسير وتفصيل أوفى ، وذلك بصدد كلامنا عن مكان القياس من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية (المبحث الرابع)

بالاستحسان ، لأن الهدف من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ، ولا يكون الانتفاع بالارض الزراعية الا بالشرب والمسيل والطريق ، فتدخل فى الوقف دون ذكرها ، لأن هدف الوقف لا يتحقق الا به ، فهنا نجد أننا قد عدلنا عن قياس الوقف بالبيع ، وهو القياس الطبيعى (وهو الذى يطلق عليه : القياس الجلى) ، وقسناه بالاجارة وذلك حتى تتحقق المصلحة ، أى ذلك الهدف (وهذا هو القياس الخفى) .

(المثال الثانى) : هو قياس سؤر سباع الطير على سؤر الانسان، ويترتب على هذا القياس طهارة سؤر سباع الطير أسوة بسؤر الانسان .

أما القياس الجلى فقد كان يقتضى قياس سؤر سباع الطير (كالصقر والنسر) على سؤر سباع البهائم (كالأسد والنمر) ، وهذا القياس كان يترتب عليه نجاسة سؤر سباع الطير (والسؤر هو بقية الماء التى يبقيها الشارب فى الاناء أو فى الحوض بعد شربه منه) .

أما أن قياس سباع الطير بسباع البهائم يقتضى نجاسة سؤرها فذلك لأن كلامن هذين النوعين من السباع غير مأكول اللحم لنجاسته ، وسباع البهائم حين تشرب الماء فأنها تلعقه بلسانها ، وبذلك يصبح الماء نجسا لأنه يختلط باللعاب أو اللسان النجس لتلك السباع . ولكن سباع الطير لا تلعق الماء بلسانها عند شربه ولا يختلط لعابها أو لسانها بالماء — شأنها فى ذلك شأن الانسان ، لأن الطير يتناول الماء بمنقاره وهو عظم طاهر [1].

(النوع الثانى) من أنواع الاستحسان : وهو استثناء احدى الجزئيات من حكم كلى .

---

(١) راجع « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى » ص ٨٧ ، و« سلم الوصول لعلم لعلم الاصول » ٣٠٠ ، ٣٠١

وخير مثال يقدم لهذا النوع هو ما سبقت لنا الاشارة اليه : وهو الحكم بأرث المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته ، فأن ذلك استثناء من ذلك المبدأ العام (أى الحكم الكلى) وهو مبدأ انتهاء الأرث بانتهاء العلاقة الزوجية (١).

أدلة حجية الاستحسان :

يستندون — فى تبرير مشروعية الاستحسان — الى ما ورد فى القرآن الكريم من قوله تعالى : « اتبعوا أحسن ما أنزل اليكم » ، وما روى عن الرسول من أنه قال : « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (٢).

نقد الاستحسان :

انتقد بعض الفقهاء الاستحسان ، وكان فى مقدمة الناقدين الامام الشافعى ، فمن المأثور عنه أنه قال : « من استحسن فقد شرع » فقد كان يرى أن الاستحسان انما هو استنباط للاحكام الشرعية عن طريق الهوى (٣) .

---

(١) ويمكننا أن نضيف مثالا آخر لهذا النوع الثانى : وهو الحكم بتضمين الصناع مع أنهم مؤتمنون ، فهذا استثناء من ذلك الحكم الكلى الذى يقضى بأن المؤتمن غير ضامن — راجع فى ذلك : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٣

ونحن لانستطيع قبول ذلك المثال الذى ذكره لهذا النوع الثانى الأستاذ الشيخ خلاف فى كتابه «أصول الفقه » ص ٩٠ من أن المحجور عليه للسفه لا تصح تبرعاته ، ولكن الفقهاء استثنوا من هذا الحكم الكلى الوقف الذى يوقفه على نفسه مدى حياته ، فهذا الاستثناء (كما يقول الاستاذ الشيخ خلاف) انما كان « استحسانا » وذلك لأن وقفه على نفسه يؤدى الى صيانة أملاكه من الضياع ، وهذا ما يتفق مع الغرض من الحجر عليه »

أما أننا لا نوافق على هذا المثال فذلك لأن الوقف فى هذه الحالة لا يعد استثناء لأن الحكم الكلى انما يعنى التبرعات للغير .

(٢) راجع « المستصفى من علم الأصول » للامام الغزالى ج ١ ص١٣٨ — على أنه لايفوتنا هنا أن نذكر أن الامام الغزالى لايأخذ بهذا المصدر (أو « الدليل » على حد تعبيره) وهو الاستحسان ، اذ نجده يقول فى الرد على أولئك الذين يستندون الى تلك الآية الكريمة : « اتباع أحسن ما أنزل الينا هو اتباع الأدلة فبينوا لنا أن ما أنزل الينا ، فضلا عن أن يكون من أحسنه » ، ثم يقول : « نحن نستحسن إبطال الاستحسان » .

(٣) ومن أقوال الامام الشافعى أن « مثل من استحسن حكما مثل من اتجه فى الصلاة الى جهة استحسن أنها الكعبة من غير أن يقوم له دليل من الأدلة التى أقامها الشارع لتعيين الاتجاه الى الكعبة » راجع فى ذلك أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٩٠

رد على النقد : ويبدو — كما يرى بعض أساتذة الشريعة — أن نقد الناقدين واختلافهم مع المؤيدين (للاستحسان) ، انما يرجع الى أن الفريقين لم يتفقا على تحديد معناه ، فالاستحسان — كما قدمنا — لا يكون الا لمسوغ أو سبب شرعى (أو « دليل » على حد تعبير الفقهاء) اقتضاه ، فهو ليس مجرد تشريع بالهوى كما يقول الامام الشافعى أو غيره من الناقدين (١)

والواقع أن الاستحسان لم يكن الا بقية من روح الاجتهاد الفطرى الذى كان سبيل السلف الأول (فى الاسلام) ، فهو لم يكن سوى سبيلا من السبل التى استنبطها المجتهدون للخروج من ربقة أو ضيق بعض ما وضعوا من قواعد وقيود حين يجدون أنها لا تتسع لتحقيق مصالح العباد (٢) ، أو بعبارة أخرى وعلى حد تعبير صاحب المنار « أن ما نفهمه من الاستحسان هو أنه ما يوافق المصلحة العامة من الأحكام » (٣)

---

(١) « أصول الفقه » ص ٩١ — ويرى الأستاذ الكبير أحمد أمين أنه يبدو من أقوال الشافعى « أنه يعنى بالاستحسان مجرد الرأى من غير أن يكون مستنداً الى أصل شرعى ، وشبه المستحسن فى أثناء كلامه بالتاجر يقدر للشىء ثمنا من غير أن يدخل السوق ويعرف أسعار اليوم ، فتقديره لا ينبنى على أساس ، وكذلك الفقيه يستحسن من غير أن يرجع فى استحسانه الى أصول الشريعة ولذلك هاجم مالكا فى قوله بالمصالح المرسلة ، وهاجم الحنفية فى قولهم بالاستحسان » .

راجع فيما تقدم كتاب « ضحى الاسلام » جـ ٢ (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٢٥ للاستاذ أحمد أمين . ويلاحظ الأستاذ الشيخ شلبى بحق فى كتابه « تعليل الأحكام » ص ٣٧٣ « أن الاستحسان انما هو فى الواقع الاستثناء من العموم بالنص أو الاجماع أو العرف أو المصلحة ، وأن انكار الشافعى لا يمكن تسليطه على جميع أنواع الاستحسان عند القائلين به ، فأنه رضى الله عنه معترف بالمستثنى بالنص أو بالاجماع متى تحقق عنده الاجماع ، وخلافه فى الاسم فقط ، وتبقى مخالفته فى الاستثناء بالمصلحة والعرف ، لكن بعض فروع المذهب تشهد باعتبار الشافعية للاستثناء بالمصلحة » — ويقول فى بحثه « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٩ « أن انكار الامام الشافعى للاستحسان انما يتجه الى استحسان نابع من الهوى كما يبدو من كلمة الاستحسان أو الأمر » .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

(٣) « المنار » (عدد سنة ١٩٠١م ، ١٣١٨ — ١٣١٩هـ) ص ٨٦٠ للاستاذ الجليل السيد محمد رشيد رضا — ونضيف أخيراً الى ما تقدم أن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى » جـ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ لا يرى الأخذ بالاستحسان لأن « العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر فى دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر فى الأدلة حكم بالهوى المجرد» ثم يضيف الى ما تقدم أن القائلين بالاستحسان يستندون الى ما يروى عن الرسول أنه قال « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ثم يقول أن هذا الحديث «لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول .. الخ»

٢ — المصالح المرسلة

كما اشتهرت الحنفية بالأخذ «بالاستحسان» فقد اشتهر الامام مالك بالأخذ «بالمصالح المرسلة» أو «الاستصلاح» على حد تعبير بعض الأصوليين(١)

تعريف : يقصد «بالمصالح المرسلة» أن يطبق على مسألة من المسائل الحكم الذى تقضى به «المصلحة» ، وذلك حين لا نجد عن هذه المسألة حكما شرعيا يستنبط من أحد المصادر الأربعة المتفق عليها (القرآن ، السنة ، الاجماع ، القياس) ، وقد سميت المصلحة «بالمرسلة» أى تلك التى لم يشرع الشارع حكماً شرعيا بصددها أى لتحقيقها (أو تلك التى «لا يعلم من الشارع اعتبارها ولا الغاؤها» على حد تعبير أساتذة الشريعة) (٢)

أما ما يقصد «بالمصلحة» لدى علماء الشريعة فقد اختلفوا فى تعريفها . وقد عرفها الامام الغزالى بأنها «المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم»(٣) . وهو يذكر لها مثالاً شهيراً لدى علماء الشريعة : مثل الكفار

---

(١) «المستصفى» للامام الغزالى جـ ١ ص ١٣٩ — وراجع «أصول الفقه» للاستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (ص ٣٣٣ ، ٣٣٤) عن الامام مالك «أن كثيراً من مسائل مذهبه بنى على المصالح المرسلة حتى أنك لتجد بعض أحكام المسائل فيه تخصيص لعموم الكتاب بالمصلحة» .

(٢) يعرف أساتذة الشريعة «المصالح المرسلة» بأنها «المصلحة التى لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ولم يدل دليل شرعى على اعتبارها أو الغائها» («أصول الفقه» للاستاذ الشيخ خلاف ص ٩٢) ، ويعرفها الاستاذ الشيخ عمر (ص ٣٠٩ من كتابه ، نقلا عن كتاب «ارشاد الفحول» للشوكانى ص ١٩٠ وما بعدها) بأنها «الوصف المناسب الملائم لتشريع الحكم الذى يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ، ولم يدل شاهد من الشارع على اعتباره أو الغائه»

(٣) «المستصفى» للغزالى جـ ١ ص ١٤٠ — ثم يضيف الى ما تقدم قوله : «فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة» . ولقد كان الأوفق والأدق — فيما نرى — أن يعرف مقصود الشرع من الخلق بأنه «يحفظ عليهم دينهم أو نفسهم أو عقلهم .. الخ» لا «دينهم ونفسهم وعقلهم ..الخ» ، وكذلك كان الأوفق والأدق أن يقول : أن «كل ما يتضمن حفظ أحد هذه الأصول فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول فهو مفسدة»

ونلاحظ (ثانياً) على هذا التعريف أن الامام الغزالى بعد أن أورده أردفه بقوله : «أن هذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح» وقد كان الغزالى =

اذا « تترسوا » بجماعة من أسرى المسلمين (أى تستروا بهم واحتموا وراءهم) فى حالة الحرب ، فلو كففنا عن الكفار للمحافظة على حياة الترس (أى حياة المسلمين الأسرى الذين احتمى بهم الكفار) لادى ذلك الى مقاتلة الكفار للمسلمين ولغلبوا المسلمين وقتلوهم ثم قتلوا الترس ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلمين أسرى أبرياء ولكننا بذلك نهيء الفرصة للمسلين للتغلب على الكفار ، ولذلك فأن المصلحة تقتضى القتال ولو قتل الترس ، لأن مقصود الشارع انقاص عدد القتلى بقدر المستطاع أو الحيلولة دون القتل اذا كان ذلك مستطاعا وفى مقاتلة الكفار تحقيق لهذا الهدف (١) — ومن البين أن هذا المثال هو فى الواقع مثال لحالة ضرورة لا لمجرد مصلحة (أو على حد تعبير الغزالى : « مصلحة ارتفعت الى مرتبة الضرورة ») .

الشروط الواجب توفرها فى المصالح المرسلة :

أن علماء الشريعة الذين يأخذون بالمصالح المرسلة يشترطون فيها بعضا من الشروط ، وذلك حتى يصح أن تعد المصلحة « مصدراً من مصادر التشريع » ويمكننا أن نلخص هذه الشروط فيما يلى :

١ — أن تكون المصلحة حقيقية (أو « قطعية » على حد تعبير الغزالى) لا وهمية أو ظنية ، أى أن يكون من الأمور اليقينية أن التشريع فى المسألة التى نحن بصددها يجلب نفعا أو يجنب ضرا (١) أو يدفع حرجا .

= ص ١٣٩) قد قسم المصلحة من حيث قوتها أو مرتبتها الى ثلاث مراتب : مصلحة فى مرتبة « الضرورات » ، وثانية فى مرتبة « الحاجات » ، وثالثة لا ترجع الى ضرورة ولا الى حاجة وانما تهدف « للتحسين والتزيين والتيسير » — ومما تقدم يتبين لنا أن ذلك التعريف السابق انما هو فى الواقع تعريف « بالضرورة » فى نظر الغزالى لا تعريف « للمصلحة » — ويلاحظ أن الغزالى يرى أن المصلحة لا يصح أن تكون مصدرا للاحكام الشرعية الا اذا ارتفعت هذه المصلحة الى مرتبة « الضرورة » — ويلاحظ أن الغزالى لم يكن فى بادىء الأمر يشترط فى المصلحة أن تكون فى مرتبة الضرورة ، فقد كان يكتفى أن تكون فى مرتبة « الحاجات » ولكنه عدل عن موقف الاعتدال واتخذ فيما بعد موقف التطرف والتشدد حيث تطلب فى المصلحة أن تكون مرتبة الضرورة — وسنعود الى الكلام عن ذلك فيما بعد بقدر قليل من التفصيل .

(١) ويذكرون مثالا لذلك : اذا تترس الكفار فى قلعة بمسلم برىء من الأسرى ، فالمصلحة هنا ظنية لأنه ليس من الضرورى — كما يقولون — فتح القلعة ..(راجع فى ذلك « المستصفى » للغزالى جـ ١ صفحة ١٤١) .

٢ — أن تكون مصلحة «عامة» (أو «كلية» على حد تعبير الغزالى)، أى ألا تكون مصلحة فرد أو مصلحة أقلية ، ويذكرون لذلك مثلا : جماعة فى سفينة لو طرحوا واحدا منهم لنجوا والا غرقوا جميعا ، فهذه لا تعد مصلحة مرسلة لانها مصلحة عدد قليل ، وليست مصلحة عامة (١).

٣ — ألا يتعارض التشريع لهذه المصلحة مع حكم شرعى ثبت بالنص أو الاجماع أو القياس (٢).

٤ — مجال أو ميدان « المصالح المرسلة » انما هو الأحكام المتعلقة بالمعاملات ، لأن الأصل فى هذه الأحكام مراعاة المنافع وملافاة المفاسد — أما العبادات فأنه لا عمل « للمصالح المرسلة » فى ميدانها لأن العبادات لا مجال للعقل والرأى فى تقديرها — كما قدمنا — ، وكذلك شأن المقدرات شرعاً (كالحدود والكفارات وأنصبة الورثة) (٣) — مما تقدم يتبين أن المصالح المرسلة أعم وأوسع ميدانا من ميدان الاستحسان .

أدلة حجية المصالح المرسلة

تتلخص أهم هذه الأدلة التى يستند اليها القائلون بالمصالح المرسلة فى أمرين :

الأول — أن مصالح الناس — فيما يقولون — تتجدد وتتطور ، فاذا لم يتجدد التشريع ولم يتطور تبعا لها للملائمة فيما بينه وبينها ، أصيبت الشريعة بالجمود وأصيبت تلك المصالح بالتعطيل والركود ، وذلك مما يتعارض مع مقاصد الشريعة الاسلامية فى ميدان المعاملات .

---

(١) راجع فيما تقدم « المستصفى » للغزالى جـ ١ ص ١٤١ و « أصول الفقه » ص ٩٤ ، ٩٥

(٢) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٩٥ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) ص ٣١١ — ونلاحظ أن الأستاذ الشيخ خلاف لم يذكر القياس ولعله فيما نعتقد — يرى أنه مفهوم ضمنا رغم عدم ذكره .

(٣) « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٣١١ ، ٣١٢

الثانى — جرى الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون — فى كثير مما شرعوا من أحكام — على مراعاة المصلحة حيث لا يكون هناك نص أو اجماع أو قياس ، فيذكر عن عمر مثلا أنه اعتبر الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة ، وعن عثمان أنه قرر للزوجة بالحق فى ميراث زوجها اذا طلقها للفرار من ارثها له.

بل انه ليذكر عن عمر أنه كان يطبق الحكم الذى تمليه المصلحة حتى رغم النص ، أى حتى مع وجود نص يقضى بغير ما تمليه المصلحة ، ذلك كان شأنه حين قرر حرمان « المؤلفة قلوبهم » من نصيبهم من الصدقات ، وايقاف تنفيذ حد السرقة فى عام المجاعة (مما سبق أن أشرنا اليه تفصيلا) (١).

ويذكر كذلك عن الخليفة عثمان بن عفان أنه أخذ بالمصالح المرسلة رغم وجود نص يخالفها (٢).

---

(١) راجع ص ٢٣ ، ٢٤ من بحثنا هذا .

وراجع أيضاً « أصول الفقه » ص ٩٣ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٣ — ٣١٦ ، « والتشريع الاسلامى » للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٥ ، ٣٦

ونلاحظ أن أساتذة الشريعة يذكرون بهذا الصدد (أى بصدد المصالح المرسلة) كثيراً من الأمثلة التى لا تدخل فى باب التشريع ، أى أنهم يذكرون أمثلة تنطوى على أعمال ذات صبغة ادارية أو سياسية لا تشريعية ، وينسون أننا هنا فى مقام الكلام عن مصادر « التشريع » لا مصادر التصرفات الادارية أو السياسية ، فهم يذكرون مثلا — فيما يذكرون من الأمثلة — ما قرره أبو بكر من جمع القرآن الكريم فى مجموعة واحدة بعد أن كان مدونا وموزعا فى صحف متفرقة ، وما قرره من محاربة ما نعى الزكاة ، وما قرره عمر من اقامة السجون ، ومن نفى نصر بن حجاج من مكة خشية افتتان النساء بجماله ، فهذه كلها تصرفات ليست ذات صبغة تشريعية .

على أنه لا يصح — فى رأينا — أن يكون فى ذلك مأخذ من المآخذ أو منفذ من المنافذ التى يصح أن توجه منها سهام النقد الى فقهاء الشريعة لأن التفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال الادارية والأعمال ذات الصبغة السياسية التى يطلق عليها الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة هى تفرقة وأن تكن معروفة لدى رجال الفقه الحديث الا أنها لم تكن معروفة لدى فقهاء الشريعة .

(٢) « الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وكان ذلك نقلا عن كتاب « دولة القرآن » ص ١٦٨ للأستاذ الشيخ طه عبد الباقى سرور .

ويذكر مثل ذلك عن الامام مالك ، أى أنه كان يرى أن تراعى المصلحة ولو خالفت النص ، لأن الله انما شرع لمنفعة العباد (١) .

الانتقادات الموجهة « للمصالح المرسلة »

تتلخص هذه الانتقادات التى يدلى بها أولئك العلماء المعارضون «للمصالح المرسلة » فيما يلى :

(أولا) يقولون أن الشارع لم يدع مصلحة دون أن يشرع لها (سواء بنص أو قياس) ، فالمصلحة التى لا سند لها من الشارع لا سند لها من الحقيقة ، أى أنها مصلحة وهمية لا حقيقية فهى لا تصلح اذا أن تكون أساسا لبناء تشريع عليها .

(ثانياً) يقولون أن التشريع الذى يقوم بناوءه على أساس المصلحة يهيىء الفرصة لأن تفتح فى بنائه النوافذ والأبواب التى يتسرب منها تيار الأهواء للولاة والأمراء ورجال الافتاء ، فتلبس تلك الأهواء ثياب الشرع والشرع منها براء ، فتحديد ما هى« المصلحة » مسألة لا يمكن أن تخضع للتحديد الدقيق فهى تختلف باختلاف الآراء واختلاف البيئات .

---

(١) ذلك هو ما ذكره الشيخ الغلايينى فى كتابه « الاسلام روح المدنية » ص ٣٩ (نقلنا ذلك عن كتاب « دولة القرآن » للشيخ طه عبد الباقى سرور ص ١٥٢) .

ولقد ذكر الامام الغزالى (فى «المستصفى » ج ١ ص ١٣٩) أن أحد العلماء (وكان من الفقهاء المالكيين) قال لأحد ملوك الأندلس لما جامع زوجته فى نهار رمضان : « أن عليك صوم شهرين متتابعين » فى حين أن النص الشرعى يقضى بأن تكون كفارته فى هذه الحالة عتق رقبه فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فلما أنكر ذلك على هذا الفقيه لانه لم يأمر الملك بعتق رقبه قال« لو أمرته بذلك لسهل عليه واستحقر اعتاق رقبه فى جنب(مقابل) قضاء شهوته ، فكانت المصلحة فى ايجاب الصوم لينزجر به » ولكن الغزالى يرى أن هذه الفتوى باطلة لمخالفتها لنص القرآن .

وقد ذكر الأستاذ الشيخ عمر (فى كتابه ص ٣١٣ ، ٣١٤) أن أحد علماء الحنابلة(نجم الدين الطوفى) كان كذلك يقدم الأخذ بالمصالح المرسلة على العمل بالنص عند التعارض فتكون المصلحة المرسلة فى هذه الحالة كالمخصص للنص .

ويلاحظ الأستاذ الشيخ خلاف على ما تقدم أن القول بأن الشارع قد شرع بنصوصه ومبادئه العامة لكل جزئية من الجزئيات المتصلة بمصالح الناس وكل ما يجد منها فى أى زمان ومكان هو قول لا يستند الى الواقع ، أما الخوف من اتباع الأهواء باسم مراعاة المصلحة ، فهو كذلك خوف لا يستند الى أساس جدى طالما روعيت تلك الشروط التى اشترط توفرها فى المصلحة وهى أن تكون مصلحة عامة يقينية (أى حقيقية) لا تخالف نصا أو مبدأ شرعياً (١) .

الاتفاق حول مبدأ الأخذ « بالمصلحة »

يجب ألا يفهم مما تقدم أن ثمة خلافا بين الأئمة أو علماء الشريعة حول الأخذ بمبدأ المصلحة ، فالواقع أنه لا خلاف بل ولا يمكن أن يكون ثمة خلاف حول الأخذ بهذا المبدأ ، فلم يوجد منهم أحد لم يأخذ بالاستحسان أو بالمصالح المرسلة (أو الاستصلاح) أو بالعرف ، وهذه كلها انما هى صور مختلفة من صور المصلحة ، فالعمل بالمصلحة انما هو — على حد تعبير بعض علماء الشريعة — « أصل من أصول الشريعة ، وذلك لأن المقصود بتشريع الأحكام وبخاصة أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية كماليه ، وان كل حكم من أحكام الشريعة يرجع الى تحقيق واحد من هذه الأمور أو الى أمر مكمل له كما يقول الشاطبى فى موافقاته » (٢) ..

ولقد كان الصحابة — كما قدمنا — يعملون بالمصلحة اذا لم يجدوا نصاً ، وأن لم يكونوا يعرفون تلك الأسماء المختلفة التى عرفت بها « المصلحة » فيما بعد فى القرن الثانى الهجرى (أى اسماء : استحسان ، أو مصالح مرسلة أو استصلاح الخ) .

---

(١) أصول الفقه ص ٩٦ ، ٩٧

(٢) « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٥

فاذا كان قد عرف هناك خلاف بين الأئمة أو العلماء بهذا الصدد فقد كان فى حقيقة أمره خلافا فى مدى التوسع فى الأخذ بها أو فى الطرق التى يجب اتباعها لتحقيقها . فاذا كان قد عرف عن بعض الأئمة مثلا كالامام الشافعى أنه لا يأخذ بالاستحسان ، أو كالامام الغزالى أنه لا يأخذ بالمصالح المرسلة الا اذا كانت « المصلحة » فى مرتبة الضرورة ، فانما كان مرد ذلك الى زيادة بل تطرف فى الأخذ بأسباب الحيطة خشية سوء استغلال تلك المصادر أى خشية صدور الأحكام الشرعية طوعا لنزوات أو انحرافات الأهواء الشخصية تحت ستار « المصلحة » (١) .

٣ ـ العرف

يعد الأخذ بالعرف السائد بين الناس ـ شأنه شأن « المصالح المرسلة » ـ من مظاهر مسايرة التشريع لمصالح الناس ، ومن دلائل اليسر والسماحة فى الشريعة الاسلامية ، كما يعد كل منهما مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية .

---

(١) « وما نقل عن الشافعى (كما يقول الأستاذ الشيخ شلبى ص ١٧٦ ، ١٧٧) من اشتراطه أن يكون للمصلحة التى يعمل بها شاهد مما وردت به النصوص لم يكن الا احتياطا منه لئلا يقتحم هذا الباب من لم يتأهل له أو يتخذه ذريعة الى الحكم بالهوى تحت ستار المصلحة » ثم يقول : « وهذا الاحتياط والتحرز هو الذى جعل الامام الغزالى – فيما أفهم – يغير رأيه فى العمل بالمصلحة ، فبعد أن كان يرى أن المصلحة المرسلة تعتبر اذا كانت فى مرتبة الضرورة أو الحاجة (كما قرره فى شفاء الغليل) راجع عن ذلك وقال : انها لا تقبل الا اذا كانت ضرورية كلية كما جاء فى المستصفى » .

وراجع كذلك « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر حيث ذكر ص٣١٥ مانصه « ويستخلص من مجموع ما قيل وكتب فى المصالح المرسلة قديما وحديثا أنه لا يكاد يخلو مذهب من المذاهب الأربعة المقلدة – وأن اشتهر عن بعض أصحاب هذه المذاهب القول بعدم اعتبار المصلحة المرسلة دليلا شرعيا – عن رعاية المصلحة الحقيقية لا الموهومة فى بناء الأحكام عليها وحدها مادامت تحقق مقاصد الشرع فى التشريع والتقنين من جلب منفعة ودفع مضرة ورفع الحرج ، وذلك فى المعاملات لا فى الأمور التعبدية ...وأن تفاوتت تلك المذاهب فى مدى اعتبار المصلحة المرسلة والعمل بها توسعا وتضييقا » .

تعريف : ان علماء الشريعة يعرفون العرف بأنه ما اعتاده الناس ، أى ما تكرر سيرهم على مقتضاه . والعرف والعادة ــ لدى فقهاء الشريعة ــ بمعنى واحد (١) .

ومن ذلك يرى أن هذا التعريف لا يشمل فى الواقع سوى الركن المادى للعرف (وهو التكرار) ، وأنه لا يتضمن الركن الثانى والأساسى لكل عرف فى كل زمان ومكان ، وهو الركن المعنوى: وهو أن يقوم فى أذهان الناس أن تلك العادة (تلك القاعدة التى جرى عليها العرف) ملزمة لهم ، أى أن عليهم واجب احترامها احترام القانون (٢) .

---

(١) أصول الفقه ص ٩٧ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٧ ، ٣١٨ حيث يذكر تعاريف مختلفة للعرف منقولة عن ابن عابدين والجرجانى وغيرهم من علماء الشريعة ، وهى جميعا لا تخرج فى معناها ــ وأن اختلفت فى مبناها ــ عن التعريف الذى قدمناه .

(٢) راجع كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » جـ ١ (طبعة ١٩٥٢) ص ١٦٠ ، ١٦١ « ونظرية القانون » (طبعة ١٩٥٤) ١٥٠ ، ١٥٢ للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، «وأصول القانون» (الطبعة الثانية ١٩٥٩ ــ ١٩٦٠) ص٢٠٤، ٢٠٥ للأستاذ الدكتور حسن كيره

ونلاحظ أن اغفال فقهاء الشريعة لهذا الركن الثانى (المعنوى) فى تعريف العرف قد أدى بهم الى أن يقسموا العرف تقسيمات فريدة لا نعرف لها ــ فيما نعلم ــ مثيلا لدى رجال الفقه لأية شريعة من الشرائع فى أى زمان من الأزمنة ، من ذلك ما جرى عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من تقسيمهم للعرف الى « عرف صحيح » و« عرف فاسد » ، فيعرفون الأول بأنه « ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا » ، ويعرفون الثانى (العرف الفاسد) بأنه « ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات فى المولد » (راجع فى ذلك « أصول الفقه » ص ٩٨) . ومن ذلك أيضاً تقسيمهم العرف الى « عرف عملى » و « عرف قولى » ويعرفون «العرف القولى » « بأن يراد من اللفظ غير معناه الأصلى لغة بحيث اذا أطلق هذا اللفظ انصرف الى المعنى العرفى » ، ويذكرون لذلك مثالا كلمة الدابة ، معناها الأصلى اللغوى هو كل ما يدب على الأرض ، ولكن العرف اللغوى خصصها بذوات الأربع . (راجع فى ذلك « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٨، ٣١٩) هذه تقسيمات لم يكن لها ــ فيما يبدو لنا ــ مكان فى هذا المقام ، فالمقام هنا للكلام عن مصادر الشريعة الاسلامية ، فالبحث يجب اذا أن يدور حول العرف فى اصطلاح رجال الفقه لا فى اصطلاح رجال اللغة أو غيرهم ، فما يطلق عليه بالعرف الفاسد أو العرف اللغوى لا يصنح ــ فى مقامنا هذا أن يسمى« عرفا » لذلك فليس لرجال الفقه شأن به فهو لا يعنيهم وهم ليس لهم أن يعنوا به وبتعريفه ، وبيان الأمثلة له .

شروط (أو أركانه) العرف — أهم هذه الشروط التى يبينها فقهاء الشريعة تتلخص فيما يلى :

١ — أن يكون العرف مطردا أى أن يتكرر اتباع الناس له بانتظام ويلاحظ أن « الناس» يقصدبهم أحيانا الناس جميعاً فى قطر من الأقطار ، وفى هذه الحالة يوصف العرف بأنه « عرف عام »،وأحيانا يوصف العرف بأنه « عرف خاص » وذلك حين يسود ذلك العرف بين أرباب حرفة أو مهنة واحدة أو بين أهالى أقليم أو جهة من جهات أو أقاليم قطر من الأقطار .

وفى هذا الصدد يختلف الاجماع عن العرف ، لأن الاجماع انما هو اتفاق « المجتهدين » لا اتفاق الناس عامة ، فلا شأن لعامة الناس فى تكوين الاجماع كما قدمنا (١) .

ثم أنه يكتفى فى العرف باعتياد « غالبية » الناس ، أما فى الاجماع فأنه يشترط اتفاق « جميع » المجتهدين ، وذلك طبقا للرأى السائد بين الأصوليين(٢).

٢ — ألا يخالف العرف حكما شرعيا ثابتاً بالنص (فى القرآن أو السنة) ، فالنص هو الأقوى وهو الأصل الأول والمصدر الأساسى الذى يعتمد عليه لمعرفة الأحكام الشرعية (٣) على أن ثمة بعض حالات استثنائية يصح للعرف فيها أن يخالف النص ، (وسوف نعرض لبيانها فيما بعد) .

=ولقد اعترض الزميل الأستاذ الشيخ شلبى على رأينا هذا (بعد أن أطلعناه عليه) بقوله : « أن العرف عند الفقهاء كما يكون مصدراً تشريعيا يستند اليه القاضى أو المفتى يكون مصدراً تفسيريا يفسر به الألفاظ المنقولة عن الشارع أو عن المكلفين فى عقودهم وتصرفاتهم » .

وهذا اعتراض اذا صح لدى علماء الشريعة فأنه لا يصبح لدى رجال الفقه الوضعى الحديث ، وذلك لأن طرق تفسير الألفاظ تدخل فى باب التفسير لا فى باب المصادر ، والكلام فى هذا المقام هو عن « مصادر الشريعة » لا عن « طرق التفسير » .

(١) راجع « أصول الفقه » ص ٩٧ ، « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٨

(٢) راجع « المدخل فى التعريف بالفقة الاسلامى » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٧٨

(٣) راجع « العرف فى الفقه الاسلامى» بحث للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص٨ ، ٩ حيث يقول : فى كتاب « المبسوط » (ج ١٢ ص ١٩٦) للسرخسى «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر» .

٣ — ألا يكون العرف مخالفا لشرط اشترطه أحد المتعاقدين طالما كان الشرط صحيحا .

٤ — أن يكون العرف قائما قبل وقت حدوث التصرف الذى يراد الاحتكام فيه الى العرف ، فلا عبرة بالعرف المتأخر على ذلك التصرف ، ومن الأقوال المأثورة المعروفة لدى الفقهاء « لا عبرة بالعرف الطارىء »(١) .

وما بنا من حاجة الى أن نضيف الى ما تقدم بيانه من الشروط أنه لامجال للاحتكام الى العرف فى باب العبادات أو المقدرات (٢).

أدلة حجية العرف — يمكن تلخيص هذه الأدلة التى يذكرها الفقهاء فيما يلى :

١ — يستدلون بالحديث القائل « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (٣) .

٢ — أن الشريعة الاسلامية (منذ عهد الرسول) أخذت ببعض القواعد العرفية التى كانت سائدة لدى العرب قبل الاسلام طالما كانت غير منافية لأصل من أصوله ، وذلك كاشتراط الكفاءة فى الزواج ، وفرض الديه

---

(١) « العرف فى الفقه الاسلامى » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ عمر ص ٩ ، ١٠

(٢) « المنار» للسيد محمد رشيد رضا عدد ١٣١٨ — ١٣١٩ هجرية ١٩٠١ ميلادية ص ٨٦٠

(٣) راجع « العرف فى الفقه الاسلامى » (المرجع السابق) ص ١٥ ، ١٦ حيث يضيف الى ما تقدم أنه ورد فى رسالة « نشر العرف » لابن عابدين أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » .

ويبدو لنا أن المقصود « بالعرف » فى هذه الآية هو « المعروف » ، لأنه لوكان المقصود هو« العرف » الذى نتكلم عنه فى هذا المبحث لكانت له ما للنص من القيمة أو القوة القانونية ما دام أن الله يأمر بالأخذ به فى كتابه الكريم ، ولكن الواقع غير ذلك كما يقرر الفقهاء جميعا من أن النص أقوى من العرف (كما بينا فيما تقدم) .

على عاقلة القاتل (وهي عصبيته وقبيلته الذين يدافعون عنه) فأقرت الشريعة نظام الديه الذي كان متبعا عند العرب فى الجاهلية (١) .

٣ ـ أن الأخذ بالعرف ما هو فى حقيقة أمره وفى أغلب صوره سوى مجرد تطبيق لأحد المبادىء العامة التى تقوم عليها الشريعة الاسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفى الحرج ، وهو المبدأ الذى تعبر عنه الآيتان الكريمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » (٢) .

حجية العرف (أو القوة القانونية للعرف)

أن علماء الشريعة يعدون العرف ـ كما قدمنا ـ حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، نجد الكثيرين من الأئمة المجتهدين قد أخذوا بالعرف كالامام مالك ، وأبى حنيفة ولقد اختلف أصحابه فيما ذكروا من أحكام تبعا لاختلاف العرف فى الجهة التى يقيم فيها كل منهم ، والامام الشافعى لما رحل الى مصر أدخل تغييراً على بعض أحكام مذهبه الذى عرف عنه حين كان ببغداد ، وذلك راجع لتغير العرف ، ولذلك قيل أن للشافعى مذهبين : القديم والجديد (٣) ونجد العبارات الشهيرة الذائعة لدى فقهاء الشريعة قولهم :

---

(١) ويضاف الى ما تقدم من الأمثلة : مراعاة الشريعة للعصبية فى الأرث والولاية . راجع فيما تقدم « العرف فى الفقه الاسلامى » للأستاذ الشيخ عمر ص ٢٥ – ٢٨ حيث يذكر المؤلف عدة من هذه الأمثلة .

(٢) يجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار الى أننا وجدنا فقهاء الشريعة الاسلامية لايشيرون فى هذا المقام الا الى دليل واحد (من أدلة حجية العرف) وهو الدليل الأول . أما هذا الدليل الثالث فقد ورد الكلام عنه عرضا فى بحث الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى « الاجتهاد فى الاسلام » ص ٥١ لافى مقام الكلام عن موضوع « أدلة حجية العرف » فهو موضوع لم يعرض له بتاتا فى ذلك البحث ، وانما ورد الكلام عنه فى مقام الكلام عن « تغير الأحكام » (ص ٤١ – ٥١) فذكر فى نهاية كلامه أنه يرى « أن العرف ليس دليلا وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلا وانما يعمل به امتثالا للدليل العام القاطع الموجب لنفى الحرج » . ويبدو لنا أنه يقصد بذلك الى القول بأن العرف « ليس دليلا » أى ليس مصدراً تشريعيا مستقلا ، وأن المصدر (أو « الدليل » على حد تعبير علماء الشرعية) هو « المصلحة » المعتبرة فى نظر الشارع الاسلامى (أو على حد تعبيره « الدليل العام القاطع الموجب لنفى الحرج ») وأن العرف ما هو الا صورة من صور تلك « المصلحة » .

(٣) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٩٩

« العادة شريعة محكمة » ، « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ، و« الثابت بالعرف كالثابت بالنص » (فى العقد) .

ولكن هل يمكن للعرف أنه يخالف النص ؟ — يرى الفقهاء أن الأصل أن النص (الشرعى) أقوى من العرف فلا يمكن للعرف أن يخالفه ، اللهم الا اذا كان النص الشرعى عاما والعرف خالفه فى بعض أجزائه ، فأنه يعمل فى هذه الحالة بالعرف والنص معا ، ويعد العرف مخصصا للنص العام لا مبطلا له ، مثال ذلك أن النص ورد من الشارع فى نهى الانسان عن أن يبيع ما ليس عنده ، ولكن الفقهاء أجازوا عقد الاستصناع لأن العرف جرى به مع أن النص يشمل الاستصناع من حيث النهى عنه لأنه بيع ما ليس عند الانسان ، فهنا عمل بمقتضى النص فى غير الاستصناع وعمل بالعرف فى الاستصناع (١) .

تغير العرف : ويجدر بنا فى مقام الختام أن نشير الى أن الأحكام الشرعية المستمدة من العرف تتغير بتغير العرف زمانا ومكانا ، لهذا يقول الفقهاء بهذا الصدد « أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان »(٢).

انكار البعض للعرف كمصدر مستقل : ويرى بعض الفقهاء أن العرف ليس فى حقيقة أمره وفى الغالب من صوره مصدر أو دليلا شرعياً مستقلا ، فأنما هو صورة من صور مراعاة « المصالح المرسلة » (٣) ،

---

(١) العرف فى الفقه الاسلامى (المرجع السابق) ص ١٠ — وراجع « الاجتهاد فى الاسلام » للمراغى ص ٩ حيث يقول « حكم بعضهم العرف فى تخصيص النصوص الصريحة .. دفعا للحرج » وراجع كتاب « دولة القرآن » ص ١٦١ للأستاذ الشيخ طه عبد الباقى سرور حيث يقول : « أفتى الامام أبو يوسف بجعل البر والشعير موزونين، مع ورود النص الشرعى القاطع باعتبارهما مكيلين ، واستند أبو يوسف على العرف ، وجعل العرف فى التشريع قاعدة راجحة » .

(٢) أصول الفقه ص ٩٩ وراجع « الاجتهاد فى الاسلام » ص ٥٢ حيث يقول : « للمفتى أن يفتى على عرف أهل زمانه وان خالف فتوى المتقدمين » .

(٣) أصول الفقه ص ١٠٠

أو هو يعمل به – فيما يرى البعض (الأستاذ الأكبر المراغى) امتثالا أو اتباعا لأحد المبادىء العامة التى تقوم عليها الشريعة الاسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفى الحرج (١) .

٤ – الاستصحاب

تمهيد – اذا كان هناك حكم شرعى معروف ثابت لمسألة من المسائل فى الماضى ، ولم يعرف دليل شرعى يدل على بقاء هذا الحكم واستمراره فى الحاضر ، فهل يعتبر هذا الحكم باقيا وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه أو لا يعتبر باقياً ؟ .

فالقائلون بالاستصحاب يجيبون على هذا السؤال بأنه يعتبر باقياً مادام لم يقم دليل على حدوث تعديل له أو الغاء .

تعريف – يعرف الاستصحاب – فى اصطلاح الأصوليين – بأنه استبقاء الحكم الشرعى الذى كان ثابتاً فى الماضى لمسألة من المسائل ، أى اعتباره باقيا وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه (٢) .

أدلة القائلين بحجية الاستصحاب : تتلخص أهم الأدلة التى يدلى بها أغلب علماء الشريعة وهم من القائلين بحجيته فيما يلى :

١ – يقولون ان الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (أى ما ما يعدله أو يلغيه) (٣) .

---

(١) الاجتهاد فى الاسلام للأستاذ المراغى ٥١

(٢) أصول الفقه ص ١٠٠ ، وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٤

وراجع « المستصفى » جـ ١ ص ١٢٨ للامام الغزالى حيث يعرفه بأنه «عبارة عن التمسك بدليل عقلى أو شرعى و ليس راجعا الى عدم العلم بالدليل ، بل الى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد فى البحث و الطلب » .

(٣) فالقضاة فى كل زمان و مكان – كما يقول هؤلاء العلماء – يحكمون بالملكية لمن شهدت له البينة بأنه مالك ، أو بناء على سند ملكية بتاريخ سابق ، ويحكمون بالدين على من شهدت عليه البينة باستدانة سابقة » – راجع سلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٧

٢ ـ ويقولون أن الفقهاء قد أجمعوا على أن ما يثبت باليقين لا يزول بالشك ، فمن شك بعد أن توضأ فى أنه حدث ما ينقض الوضوء فلا عبرة بهذا الشك .

النتائج أو المبادىء الشرعية المترتبة على العمل بالاستصحاب ـ تتلخص هذه النتائج أو المبادىء فيما يلى :

١ ـ الأصل فى الاشياء الاباحة .

٢ ـ الأصل فى الانسان أو فى الذمة البراءة .

٣ ـ ما يثبت باليقين لا يزول بالشك .

٤ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (١) .

ملحوظات: نلاحظ (أولا) على ما تقدم أن هذه النتائج المترتبة على العمل بالاستصحاب تتضمن ـ فيما تتضمنه ـ تلك الأدلة التى يقدمها القائلون بالاستصحاب ، وهذا أمر ينطوى بلا ريب على قسط من الطرافة والغرابة ! !

ونلاحظ (ثانياً) أن هذه النتائج تعد جميعاً من الأمور أو المبادىء البدهية التى لا يمكن أن تكون موضع خلاف من أحد ولا من أولئك المنكرين للاستصحاب أي من القائلين بعدم حجيته (كأغلب علماء الحنفية) ، لذلك لم يكن من الامور المقبولة عقلا أن تعد فى عداد النتائج المترتبة على الاستصحاب مبادىء يأخذ بها المنكرون للاستصحاب (أى القائلون بعدم حجيته) (٢) .

---

(١) أصول الفقه ص ١٠٢ ، وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٨

ويقولون أنه قد ترتب أو قد بنيت على الأخذ بالاستصحاب المادتان ١٨٠ ، ١٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فالمادة ١٨٠ تنص على أنه « تكفى الشهادة بالدين وأن لم يصرح ببقائه فى ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » ـ وتنص المادة ١٨١ على أنه « تكفى الشهادة بالوصية والايصاء وأن لم يصرح باصرار الموصى الى وقت الوفاة » راجع فى ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) بالهامش رقم ٢ من صفحة ٣٠٨

(٢) ويجدر بنا هنا أن نشير مجرد اشارة فى وجيز من العبارة الى أهم ما يستند اليه أولئك المنكرون القائلون بعدم حجية الاستصحاب (وهم أغلب علماء الحنفية) : يقولون أنه كما أن =

٥ ـ شرع من قبلنا

تعريف ـ المقصود « بشرع من قبلنا » الشرائع السماوية التى جاء بها الرسل الذين سبقوا الرسول عليه السلام . ويرى بعض علماء الشريعة أن ما قصه الله علينا فى القرآن أو قصه الرسول فى أحاديثه من أحكام شرعية لتلك الشرائع يعد مما فرض على المسلمين اتباعه ، وأن لم يذكر ذلك صراحة ، وذلك ما لم يذكر أنه منسوخ فى حقهم (أى غير مفروض عليهم) . وفى ذلك موضع من مواضع الخلاف بين علماء الشريعة : فبعضهم يقول بحجية « شرع من قبلنا » والبعض الآخر يرى بالعكس أنه لا يكون شرعا لنا أو حجة علينا الا اذا نص على ذلك صراحة (1) .

أدلة القائلين بحجية « شرع من قبلنا »

يتلخص هذا الرأى فى قولهم أن شريعتنا انما نسخت من الشرائع السماوية السابقة ما يخالف فحسب مبادىء الشريعة الاسلامية ، فما لم ينسخ من أحكام الشرائع السابقة يعد شريعة لنا ، فالقرآن حين يقص علينا حكماً شرعياً من تلك الشرائع السابقة ، دون أن ينص على نسخه (أى على الغائه) فان ذلك يعد بمثابة اقرار ضمنى لذلك الحكم الشرعى ، لأنه حكم الهى بلغه الرسول الينا ، دون أن يدل دليل على رفع ذلك الحكم عنا — ويستند

= الحكم الشرعى يحتاج الى دليل يثبت قيامه أى نشأته فى الماضى (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل ابتداء ») فأنه يحتاج كذلك الى دليل يثبت بقاءه ودوامه فى الحاضر (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل دواما وبقاء ») ولا يكفى لاثبات بقائه فى الحاضر ذلك الدليل الذى أثبت نشأته أو قيامه فى الماضى ، فهذان أمران متغايران — راجع « سلم الوصول » ص ٣٠٦

(1) أن الأحكام الشرعية التى نص القرآن صراحة أنها مفروضة على المسلمين كما كانت مفروضة على من سبقهم من الأمم فى الشرائع السماوية الأخرى ، لا خلاف — ولا يمكن بداهة أن يكون ثمة خلاف — بين علماء الشريعة بصددها ، ذلك كما فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » — راجع « أصول الفقه » ص ١٠٣

(2) ومن هذا الرأى جمهور علماء الحنفية وبعض علماء المالكية والشافعية ، كما يؤيد هذا الرأى الأستاذ الشيخ خلاف (فى مؤلفه « أصول الفقه ») ص ١٠٣

أصحاب هذا الرأى على بعض آيات قرآنية يذكرون فى مقدمتها قوله تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » ، وقوله : « ثم أوحينا اليك أن اتبع ملة ابراهيم »

وفى مقدمة الأحاديث التى نذكر تأييداً لهذا الرأى ما يذكر من أن الرسول طلب اليه القصاص فى سن كسرت فقال : «كتاب الله يقضى بالقصاص فى حين أنه ليس فى القرآن قصاص السن الا ما حكى عن التوراة فى القرآن وما قاله تعالى (فى القرآن) بشأن اليهود : « وكتبنا عليهم فيها أن بالنفس النفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص»(١) .

أدلة القائلين بعدم حجية « شرع من قبلنا »

أصحاب هذا الرأى يردون على الأدلة السابقة التى يستند اليها أصحاب الرأى الأول بما يلى :

(ا) عن الآية « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » يقولون أن المراد من الدين انما هو أصل التوحيد لا ما اندرس من شريعة نوح ، ولهذا لم يذكر عن النبى أنه أخذ فى البحث عن شريعة نوح .

(ب) وكذلك فان المراد بلفظ « الملة » فى قوله تعالى : « ثم أوحينا اليك أن اتبع ملة ابرهيم » انما هو أصول التوحيد واجلال الله تعالى بالعبادة وذلك دون الفروع الشرعية ، فلفظ « الملة » لا يطلق على الفروع الشرعية بدليل أنه لا يقال : ملة الشافعى وملة أبى حنيفة لمذهبهما فى الفروع الشرعية .

---

(١) راجع فى بيان أدلة هذا الرأى تفصيلا فى كتاب « الأحكام فى أصول الأحكام » للآمدى (مطبوعات صبيح) ج ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٠ وكذلك « المستصفى » للغزالى ج ١ ص ١٣٤

(ج) أما القول بأنه «ليس فى القرآن قصاص السن الا ما حكى عن التوراة فى القرآن ...الخ» فردا على ذلك يقول الآمدى: أننا لا نسلم أن كتابنا غير مشتمل على قصاص السن بالسن الا فى تلك الآية التى أشير فيها الى التوراة والى اليهود ، اذ أن القرآن يشمل آية أخرى بهذا الصدد ، وهى قوله تعالى : «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» وهذا القول — كما يقول العلامة الآمدى — «عام فى السن وغيره» (1) .

ويضيف أصحاب هذا الرأى الى ما تقدم أن النبى لم يتعبد بشريعة من قبله ويستدلون على ذلك بما يلى :

(ا) أن لكل رسول شريعة خاصة ، فلقد قال تعالى : «لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا» .

(ب) أن الرسول حين بعث معاذ بن جبل قاضيا الى اليمن قال له بم تحكم ؟ فأجاب بالكتاب والسنة والاجتهاد ، ولم يذكر التوراه والانجيل و«شرع من قبلنا» . وقد أيده الرسول (كما أشرنا الى ذلك تفصيلا) .

(ج) او كان الرسول متعبداً بتلك الشرائع السابقة للزمه مراجعتها والبحث عنها ، وهو مالم يحدث ، وهذا راجع لاندراسها وتحريفها ، فضلا عن اختلافها بعضها عن البعض (2) .

---

(1) «الأحكام فى أصول الأحكام» (المرجع السابق) للآمدى ج ٣ ص ١٣٢

(2) «المستصفى» للغزالى ج ١ ص ١٣٣ والآمدى ج ٣ ص ١٣٠ — ١٣٢ ، وهذان الفقيهان الكبيران ممن يؤيدون هذا الرأى . وهو الرأى الذى نؤثره

٦ ـ مذهب الصحابى

تعريف : يقصد « بمذهب الصحابى » تلك الفتاوى التى كانت تصدر بعد وفاة الرسول ـ من بعض الصحابة الذين عرفوا « بالاجتهاد » وبطول الملازمة للرسول ، والمقصود هنا هو ما أفتى به واحد أو بعض من أولئك الصحابة ولم تتفق عليه كلمة أولئك المجتهدين من الصحابة (والذين كان لا يزيدعددهم عن العشرين) (١) .

ونقطة البحث والخلاف بين علماء الشريعة ـ فى هذا المقام ـ تتلخص فى معرفة هل تعد هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث يجب على المجتهد (من غير الصحابة) (٢) أن يرجع الى تلك الفتاوى قبل أن يرجع الى القياس ، أم لا تعد تلك الفتاوى كذلك ؟

أما وقد حددنا نقطة البحث والخلاف فأننا ننتقل الى استعراض الادلة المختلفة التى يستند اليها أصحاب الرأيين المتنابذين بهذا الصدد .

« أدلة القائلين بحجية مذهب الصحابى »

يستند علماء الشريعة من أصحاب هذا الرأى على بضعة أحاديث يذكر فى مقدمتها قول الرسول « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » ، ويقولون أنه اذا لم يؤخذ بحجية رأى أى صحابى من الصحابة عموما طبقا لهذا الحديث فلا أقل من أن يؤخذ بحجية فتاوى الخلفاء الأربعة (وهم فى مقدمة الصحابة

---

(١) أما ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الصحابة فأنه يعد « اجماعا » ، ولا خلاف فى أنه يعد حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، والحجة هنا فى « الاجماع » لا فى « مذهب الصحابى » ولكن هل اذا انتشر قول الصحابى ولم يعرف له رأى مخالف بين مجتهدى الصحابة أيكون ذلك أم لا يكون اجماعا ؟ ـ يقول الأستاذ الشيخ خلاف «(فى مؤلفه « أصول الفقه » ص ١٠٥) أن ذلك يعد اجماعا ، ويرى العلامة الآمدى (فى مؤلفه« الأحكام فى أصول الأحكام» ج ٣ ص١٣٥) « أن ذلك غير متحقق فيما اذا لم ينتشر » .

(٢) لا خلاف بين علماء الشريعة على أن « مذهب الصحابى » (أو ما يصدره من هذه الفتاوى) ليس حجة على أحد من الصحابة المجتهدين ، انما الخلاف فى هل يعد حجة على من بعده التابعين وغيرهم (راجع «سلم الوصول لعلم الأصول» ص ٣٢٨) .

المجتهدين كما هو معلوم (وذلك لما يذكر عن الرسول أنه قال : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى » ، ويقولون أنه يتبين من قوله « عليكم » فى هذا الحديث أنه يفيد الوجوب أى الالزام (١).

أدلة القائلين بعدم حجية « مذهب الصحابى »

هذا هو الرأى الراجح بين علماء الشريعة (٢) — وتتلخص أهم أدلة هذا الرأى فيما يلى :

١ — يقولون أن من يجوز عليه الخطأ والسهو ولم تثبت عصمته عنه لا حجة فى قوله ملزمة لغيره .

٢ — ثم أن الصحابة قد اتفقت كلمتهم على جواز مخالفتهم (الا اذا كان ثمة اجماع) ، فلم ينكر أبو بكر وعمر الاجتهاد على من خالفهما ، بل أن الصحابة قد أوجبوا على كل مجتهد أن يتبع ما ينتهى اليه اجتهاده (٣) — ولكن المتأخرين أعطوا لاجتهاد الصحابى برأيه فى الاحكام الفقهية قيمة وقدراً أكثر مما كان يعطى الصحابة أنفسهم لآرائهم الاجتهادية (٤) .

---

(١) الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٣ ص ١٣٥

ويقول أبو حنيفة ومن وافقوه : « اذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسوله أخذت بقول من شئت من الصحابة وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج عن قولهم جميعا لى غيره » ، فالامام أبو حنيفة لا يرى رأى واحد معين منهم حجة ملزمة فله أن يأخذ برأى من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا ، فهو لا يسوغ القياس فى الواقعة طالما كان لأحد من الصحابة فيها فتوى ، ولعل أبا حنيفة يرى (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) ان اختلاف الصحابة فى الحكم الشرعى الى قولين يعد « اجماعا » منهم على أنه لا ثالث ، واختلافهم الى ثلاثة أقوال يعد اجماعا منهم على أنه لا رابع ، وأن الخروج عن أقوالهم جميعا يعد بمثابة خروج عن « الاجماع » .

راجع أصول الفقه (المرجع السابق) ١٠٥ — ويلاحظ أن الشيخ خلاف من القائلين بحجية « مذهب الصحابى » .

(٢) اذ يقول بهذا الرأى العلامة الآمدى (فى كتابه « الأحكام » المرجع السابق ج ٣ ص ٣٣ ١٣٥) ، والامام الغزالى فى كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٣٥ ، ١٣٦) والشوكانى (فى كتابه « ارشاد الفحول ٢١٤) .

(٣) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١٣٥

(٤) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية) صفحة ٨٣ ، ٣٩

٣ ــ أن قول الصحابى لا يصح أن يكون حتما حجة على من يأتى بعده من التابعين وغيرهم ، لأن الصحابى ليس حتما أكثر امتيازا عنهم فى الاجتهاد وأن امتاز من حيث صحبته للرسول ، ولقد قال الرسول : « رب حامل فقه الى من هو أفقه منه » (١) .

الرد على أدلة أصحاب الرأى الأول . ويرد أصحاب هذا الرأى الثانى على أدلة أصحاب الرأى الأول (القائل بحجية مذهب الصحابى) بما يلى :

١ ــ قول الرسول « أصحابى كالنجوم بأيهم اهتديتم اقتديتم » انما يخاطب الرسول به أعوام أهل عصره ، ثم هو يخيرهم فى الاقتداء بمن شاؤوا من صحابته ، هذا فضلا عن أن هذا الحديث لا يدل على وجوب الاتباع للصحابة بل يدل على الاهتداء لمن اتبع (٢) .

٢ ــ أما قول الرسول « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى » فأنه اذا أخذ بالتفسير الذى يقول به أصحاب الرأى الأول (القائل بحجية مذهب الصحابى) يترتب عليه تحريم الاجتهاد على بقية الصحابة اذا اتفق الخلفاء ، وهو أمر لم يحدث ولم يقل به أحد ، فالواقع أن الصحابة كانوا يجتهدون وكانوا يخالفون الخلفاء ، ثم أن الزامنا باتباع كل خليفة من الخلفاء الراشدين هو الزام بأمر مستحيل نظراً لاختلافهم فى بعض مسائل معينة ، ثم أن الخلفاء لم يجتمعوا فى الخلافة معا (فى وقت واحد) حتى يمكن القول بامكان اتفاقهم جميعا على أمر وأنه يجب علينا اتباعه . ولكن الذى يعنيه هذا الحديث ــ كما يقول الامام الغزالى ــ هو إما أن الرسول يأمر الناس بالانقياد وبذل الطاعة للخلفاء أى قبول امارتهم وسنتهم ، واما أنه يأمر الناس أن ينهجو منهج الخلفاء فى العدل والانصاف (٣) .

---

(١) الأحكام للآمدى جـ ١ صفحة ١٣٥

(٢)،(٣) المستصفى للغزالى جـ ١ صفحة ١٣٥

والرأى عندى أن هذا الحديث مشكوك فى أمر صحته ، بل مقطوع فى أمر عدم صحته ، وذلك لأن اصطلاح « الخلفاء الراشدين » لم يعرف — فيما يذكره لنا التاريخ — الا بعد وفاة الرسول وبعد تعدد من خلفه من الخلفاء ، فلم يعرف عن أبى بكر أو عمر أن أحدا فى عهده وصفه بأنه أحد « الخلفاء الراشدين » وكل ما نعرفه أن عمر بن الخطاب وصف « بأمير المؤمنين » ثم ظل يوصف من بعده بهذا الوصف من تلاه من الخلفاء .

المبحث الثالث

القانون الرومانى ومصادر الشريعة الاسلامية

تمهيد — مما يتصل بالمبحث السابق أن نعالج بحث هذا الموضوع الذى احتل جانبا كبيراً من فقه تاريخ القانون ، وهو موضوع أثاره وما أثاره علماء المستشرقين ، فأوسعوه ما وسعهم الجهد ظلاما ، كان طبقات فوق بعض طبقات ، كما أوسعوا الشريعة الاسلامية ظلما بلغ درجة دونها جميع الدرجات .

أما ذلك الموضوع فهو يدور حول الاجابة عن هذا السؤال : هل يعد القانون الرومانى مصدرا من مصادر الشريعة الاسلامية ، أو بالأقل هل تأثرت الشريعة بذلك القانون ؟ ويجيب الكثيرون من علماء المستشرقين (الذين أثاروا هذا الموضوع منذ منتصف القرن التاسع عشر) بالايجاب . بل أننا ألفينا بعضهم تذهب به نزعة التطرف والمغالاة الى حد المناداة بأن " الشريعة الاسلامية ليست الا القانون الرومانى معدلا وفق الأحوال السياسية فى الممتلكات العربية" أو « أن الشريعة الاسلامية ليست سوى قانون جستنيان فى ثياب عربى» أو « أن العرب لم يضيفوا جديداً الى القانون الرومانى سوى بعض أخطاء » (١) وأنه «كان على اليونان وفارس والهند ضريبة شفاء العقل العربى من عقمه» (٢) .

الى مثل ذلك الحد ذهبت ببعض أولئك المستشرقين نزعة التعصب العنصرى أو التعصب الدينى ، أو بعض الأهواء التى اختنقت فى جوها

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ ايموس Sheldan Amos فى مؤلفه : Roman Civil Law الطبعة الثانية ص ٤٠٦-٤١٤ نقلا عن بحث قيم للدكتور صوفى حسن أبو طالب بعنوان « بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى» ص٦ وقد كان هذا البحث أهم مرجع لنا فى هذا المبحث الثالث.

(٢) ذلك هو ما ذكره المستشرق الألمانى ساشو Sachou وقد أشير الى أقواله فى كتاب «الامبراطورية البيزنطية » تأليف نورمان بيتز تعريب الأستاذين حسين مؤنس ومحمود يوسف زيد (طبعة ١٩٥٠ ص ٧٣٣) نقلا عن مؤلف الدكتور صوفى (الأستاذ المساعد بكلية حقوق جامعة عين شمس) (المرجع السابق) ص ٦

روح البحث العلمى . والى مثل ذلك الحد ألفيناهم ينظرون الى مآثر القانون الرومانى بألف عين وعين ، فى حين نجدهم قد أغمضوا عن مآثر الشريعة كل عين . على أن هذه المآثر قد اعترف بها وقدرها قدرها فى السنوات الأخيرة بعض المنصفين من أولئك المستشرقين ، وبعض مؤتمرات القانون المقارن التى عقدت فى الربع الثانى من هذا القرن العشرين ، مما سنوسعه فيما بعد تفسيراً وتفصيلا .

على أنه اذا كان بعض المستشرقين قد ذهبت به نزعة التطرف الى مثل ذلك الحد البعيد ، أى الى حد القول بأن القانون الرومانى أحد مصادر الشريعة الاسلامية ، فأننا نجد البعض الآخر منهم قد لزم جانب الاعتدال بحيث يرى أن الشريعة قد تأثرت مجرد تأثر بالقانون الرومانى ، أو بعبارة أخرى أكثر أيضاحا وافصاحا : أن رجال الفقه الاسلامى قد تأثروا بالقانون الرومانى ، وذلك بعد أن التقى الاسلام بهذا القانون فى كثير من البلاد التى فتحها المسلمون فى صدر الاسلام ، ولقد تأثر برأى هذا البعض من علماء المستشرقين المعتدلين بعض من العلماء الشرقيين المعاصرين ، ممن طبعتهم الثقافة الغربية بطابعها ، وصنعت لعقولهم منظاراً فى مصنعها .

فما هى تلك الأدلة التى يستند اليها هؤلاء المعتدلون وأولئك المتطرفون من المستشرقين ؟ والى أى حد مالت ناحية الصواب أو مالت عنه ؟ ثم ماهى الأدلة التى يستند اليها الرأى الآخر القائل باستقلال الشريعة الاسلامية وبعدها عن التأثر بالقانون الرومانى (١) .

---

(١) عصور تاريخ القانون الرومانى : يلاحظ أن القانون الرومانى الذى نعنيه فى هذ. البحث هو ذلك القانون الذى كان سائدا فى العصر البيزنطى ، ولذلك يطلق عليه أحيانا بالقانون الرومانى البيزنطى ، وقد جمعت قواعده فى عهد الامبراطور جستنيان (المتوفى عام ٥٦٥م) . من أجل ماتقدم كان ضروريا أن نذكر نبذة موجزه عن العصور المختلفة التى مربها تاريخ القانون الرومانى : يقسم تاريخ القانون الرومانى الى ثلاثة عصور مختلفة يتميز كل عصر منها بخصائص معينة

العصر الأول : هو عصر « القانون القديم » ويبدأ بتأسيس روما عام ٧٥٤ قبل الميلاد وبقيام النظام الملكى فيها ، ويمتد الى ما بعد انتهاء النظام الملكى حتى يشمل كذلك شطراً من عهد النظام الجمهورى بحيث ينتهى هذا العصر عام ١٣٠ ق. م. ، ويلاحظ أن النظام الملكى كان يقوم =

أما وقد انتهينا من هذه الكلمة التمهيدية فأننا ننتقل الى الاجابة عن هذه الأسئلة الثلاث ، وذلك فى ثلاثة مباحث :

الفرع الأول : نعرض فيه أدلة القائلين بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى ، أو بأن هذا القانون مصدر من مصادرها .

الفرع الثانى : نعالج فيه مناقشة تلك الأدلة .

الفرع الثالث : نعرض فيه أدلة القائلين باستقلال الشريعة الاسلامية .

= على سلطة الملك (rex) الذى كان يعد الرئيس الأعلى والرئيس الدينى والرئيس القضائى ، أما النظام الجمهورى الجديد فقد كان يقوم على احلال حاكين يختارهما الشعب سنويا محل الملك ، هذان الحاكمان هما القنصلان . وقد كان الشعب ينقسم الى طبقتين : طبقة الأشراف ، والعامة . والأشراف وحدهم هم الذين يتمتعون بالحقوق العامة والخاصة كاملة . وهذا العصر يمثل دور الطفولة فى تاريخ القانون الرومانى .

العصر الثانى : يطلق عليه « العصر العلمى » وهو يبدأ بانتهاء العصر السابق وينتهى بحكم الامبراطور دقلديانوس عام ٢٨٤ بعد الميلاد ، فهذا العصر يمتد حتى يشمل الشطر الأخير من عهد نظام الجمهورية وكذلك عصر الامبراطورية العليا الذى يبدأ بحكم الامبراطور أغسطس عام ٢٧ق.م بحكم دقلديانوس وهذا العصر يمثل دور النضوج والاكتمال بالنسبة لتاريخ القانون الرومانى ، وتتميز هذه الفترة بذلك النزاع السياسى والحربى بين القواد الرومان ، ذلك النزاع الذى انتهى بانتصار اكتافيوس الملقب بأغسطس . وفى هذا العصر فى نهاية القرن الثانى للميلاد ظهر فقهاء كبار حفظت لنا مجموعة جوستنيان كثيراً من كتاباتهم نذكر فى مقدمتهم الفقيه جايوس

العصر الثالث : وهو عصر الامبراطورية السفلى أو العصر البيزنطى ، وهو يبدأ بحكم الامبراطور دقلديانوس عام ٢٤٨ م وينتهى بانتهاء حكم امبراطور الشرق (الامبراطورية الرومانية الشرقية) جستنيان عام ٥٦٥ م — هذا عصر تدهور وانحلال من جميع النواحى السياسية والاجتماعية والقانونية ، الا أنه يعد من ناحية أخرى عصر التجميع ، فقد توج هذا العصر صدور تلك المجموعات التى خلدت القانون الرومانى ونعنى بها مجموعات جوستنيان . ويلاحظ أنه فى هذا العصر انقسمت الامبراطورية الرومانية الى قسمين : الامبراطورية الغربية وعاصمتها روما ، والامبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة (التى سميت فيما بعد القسطنطينية نسبة الى الامبراطور قسطنطين . ويسمى هذا العصر الثالث من عصور تاريخ القانون الرومانى باسم البيزنطى (نسبة الى بيزنطة).

ولقد سقطت الامبراطورية الغربية على أثر غزوات القبائل الجرمانية عام ٤٧٦ م . أما الامبراطورية الشرقية فقد سقطت على يد محمد الفاتح عام ١٤٥٣ م .

والثابت أن تطور القانون الرومانى طيلة العصر الأول وأوائل العصر الثانى كان راجعا بصفة عامة الى عوامل رومانية بحتة (أى نابعة من البيئة الرومانية) ، ولكننا نجد ذلك التطور بعد ذلك (أى حتى آخر العصر الثالث البيزنطى) انما كان يرجع الى عوامل أجنبية أكثر منها رومانية اذ تأثر فى تلك الفترة بالديانة المسيحية والثقافة الاغريقية والشرقية ، فغالبية التعديلات التى أدخلت على القانون الرومانى فى العصر البيزنطى انما كانت ترجع الى القوانين والعادات التى كانت سائدة فى مصر والشام — راجع فيما تقدم « القانون الرومانى » للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوى (طبعة ١٩٤٩) المقدمة صفحة ج الى ع

الفرع الأول

الرأى القائل بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى ، أو بأن هذا القانون مصدر من مصادرها

نلاحظ أولا أن الأدلة التى يستند اليها المعتدلون أو المتطرفون من المستشرقين نكاد نجدها هى ذاتها لدى هؤلاء وأولئك ، غير أن الذى يفرق بين الفريقين يتلخص فى أن النتيجة التى انتهى اليها الفريق الأول قد طبعت بطابع الاعتدال بينما نجد تلك التى انتهى اليها الفريق الثانى قد طبعت بطابع التطرف ، ولذلك رأينا أن نجمع بين الأدلة جميعا فى مبحث واحد ، والواقع أنها جميعا تمكننا أن نلخصها فى دليل واحد : هو وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية (فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية) ، فاذا أردنا أن نعرف كيف نشأ ذلك التشابه أو ذلك التأثر من الشريعة بالقانون الرومانى وجدنا أولئك المستشرقين قد تفرقت الطرق بهم ، وتعددت وتغيرت الأدلة لديهم . واليكم تفصيل ما أجملنا .

التشابه بين بعض الأنظمة القانونية (في القانون الروماني والشريعة الاسلامية).

هذا التشابه يعد دليلا — فى نظر أولئك المستشرقين — على تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى لأن الثانى (الرومانى) كان سابقا على الشريعة من الناحية الزمنية ، كما أنه كان — فيما يرون — أعلى منها درجة بل درجات من حيث النضوج والازدهار ، وكان طبيعيا اذا — كما يعتقدون — أن يتأثر اللاحق بالسابق والأضعف بالأقوى . أما عن وجوه هذا التشابه فى بعض القواعد القانونية فنجدهم يذكرون فى مقدمتها قاعدة « البينة على من ادعى » ومبدأ « المصالح المرسلة » ، فهذا المبدأ لم يكن — فى ظنهم — من الشريعة الاسلامية الا نقلا لمبدأ « المنفعة » المعروف فى القانون الرومانى (١) .

---

(١) راجع « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ، ومؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٨ وما بعدها .

الأسباب أو العوامل التى أدت الى قيام ذلك التشابه (أو ذلك التأثير)

على أننا نجد الآخذين بهذا الرأى أى بهذا الدليل قد اختلفوا فى بيان الطريق الذى حدث عن سبيله ذلك التأثر من ناحية والتأثير من ناحية أخرى ، أو بعبارة أخرى : بيان الأسباب أو العوامل التى أدت الى قيام تشابه بين هذين التشريعين (الاسلامى والرومانى) ونحن نلخصها فيما يلى :

١ ــ تقليد الحضارة الأدنى للحضارة الأعلى فى البلاد التى فتحها العرب :

يقولون أن الشطر الأكبر من تلك البلاد التى كانت توصف بالاقطار العربية الاسلامية فى صدر الاسلام انما كانت تخضع من قبل للحكم الرومانى وكان يطبق فيها بناء على ذلك أحكام القانون الرومانى ، ذلك كان شأن الشام (وهى تشمل ما يعرف اليوم باسم سوريا ولبنان وفلسطين والأردن) وشأن كل من العراق ومصر . ويقولون أنه كانت للرومان اذ ذاك حضارة ومدنية بلغت أوج الازدهار ، وكانت تعرف بالحضارة الرومانية الاغريقية (أوالبيزنطية) وكان القانون الرومانى (البيزنطى) الذى كان مطبقا فى تلك البلاد قد بلغ مرتبة عالية من مراتب النضوج بل والسمو ، وذلك بينما كان الفقه الاسلامى فى ذلك الحين لا يزال يجتاز مرحلة التكوين ، وكانت حضارة العرب بوجه عام لا تزال تجتاز مرحلة من المراحل البدائية . وطبيعى ــ كما يقولون ــ حين يجتمع مثل هذين القانونين أن يتأثر الثانى بالأول (وهو القانون الرومانى) لأنه من الطبيعى أن يتأثر الأضعف بالأقوى والأدنى بالاسمى(١) .

٢ ــ العرف :

ويرى البعض أن ذلك الطريق انما كان طريق العرف الذى كان سائدا فى تلك البلاد التى فتحها المسلمون وكانت من قبل

---

(١) وفى ذلك يقول المستشرق جولد زيهر Goldziher « أن فقهاء دمشق وبغداد لا يمكنهم بقوانينهم البدائية التى حملوها معهم من الجزيرة العربية سد حاجات مجتمعات بلغت شأوا بعيداً فى المدنية والحضارة كالمجتمع السورى والمجتمع العراقى ، ولذلك سارعوا الى ابتداع نظام قانونى لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة متخذين فى ذلك الوسائل الرومانية » . راجع فى ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢ ، وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ٩٢ ، ٩٣

ولايات رومانية ، ذلك العرف الذى تأثر بالقانون الرومانى وظل قائما فى تلك البلاد بعد أن فتحها المسلمون ، والفقه الاسلامى – كما هو معلوم – يأخذ بالعرف طالما كان غير متعارض مع مبادىء أو أحكام الشريعة الاسلامية (١) .

٣ ـ بعض فقهاء المسلمين :

ويرى البعض الآخر من أولئك المستشرقين أن ذلك التأثير انما اتخذ سبيله عن طريق بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا فى سوريا وتلقوا تعاليمهم فى مدرسة « بيروت » الرومانية (وقد كانت بيروت فى ذلك الحين تعد احدى مدن وموانى سوريا) ويذكر فى مقدمة أولئك الفقهاء الامامان الشافعى والاوزاعى (٢) .

٤ ـ الثقافة اليهودية :

ونجد فريقا آخر من المستشرقين يرى أن قواعد القانون الرومانى قد انتقلت الى الفقه الاسلامى عن طريق الثقافة اليهودية وبخاصة عن طريق التلمود ، وتفسيراً لذلك يقولون أن القانون اليهودى قد تأثر بالقانون الرومانى ، ولما كانت هناك صلات وثيقة بين العرب واليهود الذين كانوا يقيمون بينهم قبل الاسلام (وبخاصة فى سوريا ومصر) فقد أثر القانون اليهودى فى العادات والتقاليد العربية التى كانت سائدة قبل الاسلام ، وبما أن الاسلام قد أقر الكثير من تلك القواعد العرفية فأن الفقه الاسلامى يعد اذاً أنه قد تأثر بالقانون اليهودى ، هذا فضلا عن أن بعض اليهود الذين أسلموا قد ساهموا بعد اسلامهم فى الحركة الثقافية الاسلامية (٣) .

---

(١) راجع فى ذلك كتاب « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ٩٣ للأستاذ الكبير أحمد أمين الذى تأثر – الى حد ما – بهذا الصدد برأى المستشرقين فنجده بصدد الكلام عن عملية المزج التى حدثت بين المسلمين الفاتحين وبين أهالى البلاد التى فتحوها يقول : « كل هذه العوامل كان لها أثرها فى الامتزاج ، فالعادات الفارسية والعادات الرومانية امتزجت بالعادات العربية وقانون الفرس والقانون الرومانى امتزجا بالاحكام التى أوضحها القرآن والسنة ... ونمط الحكم الفارسى ونمط الحكم الرومانى امتزجا بنمط الحكم العربى ، وبالاجمال كل مرافق الحياة والنظم السياسية والاجتماعية والطبائع العقلية تأثرت تأثرا كبيرا بهذا الامتزاج »

(٢) « المدخل » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٦ حيث يذكر على رأس المستشرقين الذين يرون هذا الرأى المستشرق الالمانى فون كريمر .

(٣) ونجد على رأس القائلين بهذا الرأى الفقيه الفرنسى الكبير لا مبير Lambert فى مؤلفه Fonction de droit Civil Compare ص ٢٧٩ ، ٢٨٣ وهو يؤيد رأيه بما يوجد من =

٥ — **بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية :**

ويرى البعض الآخر من المستشرقين أن ذلك التأثير حدث فى القرن الثانى للهجرة ، وكان عن طريق بعض من أولئك الذين دخلوا فى دين الاسلام وكانوا من ذوى الثقافة الاغريقية العالية ، فالفقه الاسلامى — فيما يظن هذا البعض — بدأ يتكون مع بداية القرن الثانى الهجرى أى فى فترة كانت فيها أبواب المدنية الاسلامية مفتوحة على مصراعيها امام حاملى الثقافات الأجنبية الذين اعتنقوا الاسلام ولم يبدأ علماء الشريعة بالاهتمام بالمسائل القانونية الا فى ذلك العهد .

وأخيراً يرى البعض أن ذلك التأثير حدث عن طريق مدرسة الاسكندرية بعد فتح العرب لمصر .

الفرع الثانى

مناقشة رأى القائلين بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى أو بأنه أحد مصادرها

تمهيد — نناقش فى هذا المبحث الآراء المختلفة التى عرضها ومختلف المواضيع التى عرض لها أصحاب ذلك الرأى السالف (القائل بتأثر الشريعة...الخ) وأهمها يتلخص فيما يلى :

١ — هل التشابه بين نظامين قانونيين يعد حتما دليلا على أن أحدهما تأثر بالآخر ؟

٢ — واذا اجتمعت حضارتان فى بلد واحد، أحداهما أسمى وأعلى من الأخرى ، فهل يؤدى حتما اجتماعهما الى أن تقلد أدناهما أعلاهما ؟

= تشابه بين النظم القانونية العربية التى وجدت قبل الاسلام والنظم اليهودية ، وذلك بوجه خاص بصدد تنظيم الأسرة : اشكال وشروط الزواج ونظام الأرث ، ونظام الرق ونظام العقوبات حيث يؤخذ بمبدأ الانتقام الشخصى — راجع مؤلف الأستاذ الدكتور صوفى (المرجع السابق ذكره ص ٢٣ ، ٢٤) — ولا يفوتنا هنا توجيه الانظار الى أن هذه الفقرة (٤) تتصل اتصالا وثيقا بالفقرة (٢) الخاصة بالعرف .

أما « التلمود» فهو أحد مصادر القانون اليهودى ، وهو عبارة عن تفسير للتوراه ، وقد كتب هذا الكتاب عدد من أحبار اليهود ، وقد تم وضعه فى القرن الخامس بعد الميلاد ، ويشمل السنة الموسويه وكذلك شرحها . وهذا الكتاب يعتبر مرجع اليهود الوحيد فى أحكام العبادات والمعاملات راجع فى ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٦٢

٣ ـ واذا سلمنا بأن الرومان وصلوا الى مستوى من الحضارة أعلى مما وصل اليه العرب فى صدر الاسلام ، فهل يترتب على ذلك حتما أن يكون القانون الرومانى فى مستوى أعلى مما وصل اليه التشريع الاسلامى ؟ .

٤ ـ وهل تأثر الفقه الاسلامى حقا بما نقله اليه بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا فى سوريا فنقلوا معهم القانون الرومانى .

٥ ـ وهل يصح القول بأن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اطلعوا على كتب للفقه الرومانى ترجمت للعربية فى عصر ترجمة التراث الغربى (وعلى وجه الخصوص اليونانى) الى العربية .

٦ ـ وهل يعد أخذ العرب المسلمين بالعرف الذى كان سائداً فى البلاد التى فتحوها (وكانت خاضعة من قبل للرومان) تأثرا من جانب الاسلام بالقانون الرومانى .

٧ ـ وهل يصح القول بأن القانون الرومانى انتقل الى الفقه الاسلامى عن طريق الثقافة اليهودية .

٨ ـ وهل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى ذلك الفقه عن طريق بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية الذين دخلوا فى الاسلام فى القرن الثانى الهجرى .

٩ ـ وأخيراً هل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى الفقه الاسلامى عن طريق مدرسة الاسكندرية بعد فتح العرب لمصر .

أما وقد انتهينا من عرض رؤوس مواضيع البحث والمناقشة فأننا ننتقل الآن الى بحث كل منها تفصيلا .

١ ـ مسألة التشابه بين نظامين قانونيين :

ليس من صواب الرأى مايراه البعض من أن قيام تشابه بين نظامين قانونيين فى بعض القواعد يدل حتما على أن أحدهما قد اقتبس من الآخر أو بالأقل قد تأثر به أو أخذ عنه ، انما يدل ذلك التشابه فى كثير من الحالات

على أن كلا من المجتمعين اللذين يطبق فيهما هذا النظامان يشابه الآخر من حيث مستوى المدنية والحضارة ،وذلك هو ماقرره بعض كبار المستشرقين أنفسهم الذين عرضوا لهذا الموضوع(١) .

فاذا كانت الشريعة الاسلامية قد طبقت فى كثير من البلاد التى انتزعها العرب من نير سلطان الرومان فلقد كان طبيعيا اذا أن تتطور القواعد القانونية الاسلامية لتلائم البيئة السياسية والاجتماعية والاقتصادية الجديدة طالما كان ذلك التطور غير متعارض مع الأحكام أو المبادىء العامة للشريعة الاسلامية ،وكان طبيعيا أن يعمل الفقهاء المسلمون على استنباط أحكام للمسائل أو المشاكل القانونية الجديدة التى تعرض لهم فى المجتمع الجديد، ولم تكن مما عرض لهم من قبل فى المجتمع العربى القديم(٢) .

ومن ناحية أخرى فأن التشريعات المختلفة — سواء كانت إلهية أو وضعية انما تهدف عادة الى مراعاة العدالة ، وثمة أمور أو قواعد لا تختلف التشريعات المختلفة فى الاقرار بعدالتها كقاعدة « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » (٣) .

وفضلا عما تقدم فأنه يجب ألا يفوتنا ملاحظة أن أكثر تلك القواعد المتشابهة بين التشريعين (الاسلامى والرومانى) نجدها — رغم قلتها — عبارة عن قواعد جزئية أو أحكام تفصيلية ، لم تكن لترقى الى مرتبة القواعد أو المبادىء العامة ، والتشابه فى تلك الجزئيات أو التفصيلات لا يعد — كما

(١) نذكر فى مقدمتهم المستشرق الألمانى الأستاذ شاخت ، وذلك فى محاضرة ألقاها فى الأكاديمية الايطالية للعلوم عام ١٩٥٦ بعنوان « القانون البيزنطى والشريعة الاسلامية »ص ٨ وكان ذلك نقلا عن مؤلف الأستاذ الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ١١٩

(٢) « بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى » للدكتور صوفى (المرجع السابق ص ١٢٠)

(٣) « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للاستاذ أحمد أمين ، وراجع مؤلف الدكتور صوفى ص١٢٣ حيث يقول : « ولا أدل على ذلك من أننا نجد بعض القواعد القانونية ترد فى عدد كبير من الشرائع رغم عدم تأثرها ببعضها ، فقد نجد قاعدة معينة فى القانون الرومانى ونجد نفس القاعدة أو ما يشابهها فى القانون الهندى أو الانجليزى » .

يشهد أصحاب نظرية تأثر التشريع الاسلامى بالرومانى أنفسهم — دليلا على التأثر (١) .

أما المبادىء القانونية العامة أو القواعد الكلية التى تسيطر على الفقه الاسلامى فهى تختلف اختلافا كبيراً عما هى عليه فى القانون الرومانى (كما سنبين ذلك فيما بعد تفصيلا) .

٢ — مسألة التقليد بين حضارتين تجتمعان معا

القول بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى هو أمر طبيعى ونتيجة طبيعية للمبدأ القائل بأنه اذا اجتمعت حضارتان معا فى قطر واحد فأن الحضارة الأدنى تتأثر بالحضارة الأعلى ، أى تقتبس منها وتقلدها (٢) هو قول مشكوك فى أمر صحته لأن ذلك المبدأ مشكوك فى أمر دقته ، والمبدأ الأصح والأدق — فيما يرى البعض — هو ماذكره فى « مقدمته » الشهيرة ابن خلدون ذلك المبدأ القائل بأن الضعيف هو الذى يقلد القوى وأن الأمة المغلوبة هى التى تقلد الأمة الغالبة . ولما كان العرب هم الذين كانت لهم الغلبة على الرومان ، لذلك كان طبيعيا أن يكون التقليد أو الاقتباس من الرومان للعرب المسلمين ، لا من العرب للرومان (٣) .

والواقع أن الفقه الاسلامى قد ترك أثرا واضحا حتى فى القوانين الغربية المستمدة من القانون الرومانى ، ويتمثل ذلك الأثر بصفة خاصة فى نظم القانون التجارى التى كانت سائدة بين سكان شرقى البحر الأبيض فى العصور الوسطى (وبصفة خاصة العادات والنظم التجارية للجمهوريات الايطالية فى ذلك العهد ، كنظام شركة المضاربة والسفنجة) (٤) .

---

(١) راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٣٤

(٢) مما تجدر ملاحظته أن تشريع أية دولة هو أحد مظاهر حضارتها .

(٣) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٥ . وراجع « مقدمة ابن خلدون » .

(٤) مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٣ ، ٤ ولزيادة التفصيل يراجع رسالته (بالفرنسية) عن « نظرية ضمان المبيع فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية » طبعت بباريس ١٩٥٣ ص ١

ولقد ذهب بعض المؤرخين الى أبعد من هذا الحد ، اذ قرر أن بعض رجال العلم من الفرنسيين رحل فى أوائل القرن الحادى عشر الى الأندلس ونقل من مدارسها الاسلامية ما يلائم بلده (فرنسا) من الفقه الاسلامى (١) وهو قول لا نستطيع أن نجزم بصحته .

٣ — الادعاء بعلو مستوى القانون الرومانى على التشريع الاسلامى (فى احكام المعاملات) .

أن القول بأن القانون الرومانى كان أكثر نضوجا ورقيا من الشريعة الاسلامية هو قول لا يتفق مع الحقيقة وأن كان يتفق مع جهل القائلين به من المستشرقين الغربيين جهلا تاما بأحكام الشريعة الاسلامية لجهلهم اللغة

---

(١) راجع فى ذلك بحثا للاستاذ سيد عفيفى نشر بمجلة الأزهر بالمجلد الثامن ص ٢٦٤ وقد أشير اليه فى كتاب « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » (طبعة ١٩٥٩) للاستاذ الشيخ محمد شلبى حيث ذكر (نقلا عن ذلك البحث) ص ٢١٥ ما نصه « فى أوائل القرن الحادى عشر رحل بعض الفرنسيين الى الاندلس لتلقى العلم فى مدارسها الاسلامية وفى جملتها الفقه الاسلامى ، وقد كانوا يترجمون دروسهم الى لغتهم ، ولما كانت دراسة الحقوق عندهم رديئة والقوانين ظالمة فكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامى وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخيرا اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدنى ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الاسلامى كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم . هذا ماقرره المؤرخ الألمانى موسيهم فى تاريخ الكنيسة » .

أن ما رواه هذا المؤرخ لا أستطيع الاطمئنان الى صحته ودقته ، فرغما عن أن فيما ذكره ما يرضى فى نفوسنا الروح القومية والعقيدة الدينية ، الا أنه لا يرضى فى عقولنا الروح العلمية ، ذلك أنه لم يذكر لنا من كانوا أولئك الفرنسيين الذين رحلوا الى الأندلس ثم عادوا الى فرنسا وقاموا بتلك المهمة ؟ ثم أن تلك المهمة لا يقوم بها الا الفقهاء ، فمن هو ذلك الفقيه الفرنسى المعروف أوحتىغيرالمعروف الذى قام بها ؟! ثم من كانوا ملوكفرنسا الذين حدثمعهم ذلكالاتفاق فى ذلك الحين ، وكيف تذكر« ملوك» بصيغة الجمع ، ألم يكن فى فرنسا ملك واحد ؟ ثم يقول أن الاتفاق كان على أن « تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدنى » ولم يذكر أيهما تم الاتفاق على أن تكون التسمية به ؟ ثم كيف يكون الخيار بين « الشرائع » الرومانية (أى جميع فروع القانون الرومانى) وبين فرع واحد من القانون وهو القانون المدنى ؟!! ثم كيف يمكن أن تحدث مثل هذه المهمة وذلك الاتفاق فى عصر الحروب الصليبية (ذات الصبغة الدينية) بين العرب والدول الغربية التى كانت فرنسا فى مقدمتها ، اذ يجب ألا ننسى أن تلك الفترة المشار اليها « أوائل القرن الحادى عشر » كانت بداية عهد الحروب الصليبية؟!!

العربية ، أو (كما يلاحظ بحق الأستاذ الكبير الدكتور السنهورى) لأنهم لم يكونوا من فقهاء القانون . الواقع أن ذلك القول يجافى الحقيقة والواقع حتى فى الفترة السابقة على مرحلة نضوج الشريعة فى عصر الأئمة فى القرن الثانى والثالث الهجرين . وبيانا لما تقدم ندلى بما يلى :

(أولا) أن القانون الرومانى يفصل – كقاعدة عامة – بين القواعد القانونية والقواعد الاخلاقية (١) ، وذلك لأن هذا القانون يأخذ بالمذهب الفردى (الذى لا يسمح للدولة بالتدخل فى ميدان النشاط الفردى الا فى أضيق نطاق) . واليكم بعض الأمثلة :

(ا) أن اساءة استعمال الحق لم تكن تعد – فى نظر القانون الرومانى – فعلا غير مشروع ، فكان من الأمور المسلم بها مثلا أن للجار أن يبنى فى أرضه مبنى عاليا وان بلغ علوه حدا من شأنه أن يحجب الضوء عن جاره ، أو أن يحفر فى أرضه مجرى يحول عن جاره نبع الماء .

(ب) أن القانون الرومانى لا يعرف واجب مساعدة الغير .

(ج) كما أنه لا يعمل على حماية الطرف الضعيف فى العقد (٢) .

أما الشريعة الاسلامية فهى فى مقدمة الشرائع التى لا تقيم حدودا فاصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية ، وكان من ذلك أننا نشهد قيام كثير من النظريات القانونية الاسلامية لا نشهد لها نظيراً فى القانون الرومانى ، نذكر فى مقدمة تلك النظريات :

---

(١) اللهم الا فى بعض حالات قليلة استثنائية نجد القانون الرومانى لايجرى ذلك الفصل، مثل الدعوى الخاصة بالأثراء بلا سبب ، وفرض جزاء على الشخص الذى يكيد لخصمه أمام القضاء راجع مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق ص ١٢٨)

(٢) ذلك هو ما ذكره الفقيه الفرنسى الكبير Ripert فى مؤلفه La règle motale dans ies Obligattons Civiles (الطبعة الرابعة . باريس ١٩٤٩) ، وكان ذلك نقلا عن مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢٨

(ا) نظرية «أساءة استعمال الحق» التى بدأت أغلبية التشريعات الحديثة تأخذ بها فى هذا العصر (١).

(ب) ونذكر كذلك نظرية الضرورة ، التى يعبر عنها فقهاء الشريعة بقولهم : «الضرورات تبيح المحظورات» .

(ج) وأخيراً نشير الى تلك النزعة التى تسود التشريع الاسلامى وتهدف الى حماية الضعيف من أن يتحكم فيه القوى فى الميدان الاقتصادى اذ نجد هذا التشريع يحرم الاحتكار والربا كما يحرم الأثراء على حساب الغير ، وذلك بخلاف القانون الرومانى الذى تسيطر عليه النزعة الفردية .

ويجدر بنا فى مقام الختام لهذه النبذة أن نشير الى حملة النقد الشديدة التى قامت فى هذه السنوات الأخيرة ضد النظرية التقليدية التى سادت التشريعات الوضعية الحديثة ، وهى التى تحدد نطاقا خاصا لكل من القانون والاخلاق وتفصل بينهما فصلا تاما (٢) .

(ثانياً) مبدأ سلطان الارادة : وهذا مظهر ثان من مظاهر سمو الشريعة الاسلامية (حتى فى مرحلة نشأتها) على القانون الرومانى (حتى فى مرحلة نضوجه واكتماله) : فلقد كان القانون الرومانى — طيلة مراحل تطوره — لا يعرف مبدأ سلطان الارادة ، بل ولم تعرفه الشرائع الغربية

---

(١) ويترتب على هذه النظرية أنه ليس للجار أن يستعمل حقه بحيث يترتب على هذا الاستعمال حدوث ضرر فاحش لجاره ، فلا يجوز له مثلا تعليه حائطه اذا كان يترتب على ذلك حجب الضوء عن جاره ولا فتح مطلات على جاره اذا كان يؤذى هذا الجار (المواد ٥٧ — ٧١ من «مرشد الحيران» للمرحوم قدرى باشا) راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ١٣٠

(٢) ولقد كان الفقيه الفرنسى الكبير Ripert فى مقدمة من تزعموا تلك الحملة ، وفى مؤلفه (السابق ذكره) نجده يقول : «أنه لا يوجد فى الواقع إختلاف ما بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية لا من حيث طبيعتهما ولا من حيث الغرض الذى ترميان اليه ، ذلك أن القانون يجب أن يحقق العدالة بين الناس ، وفكرة العدالة هى فكرة اخلاقية» راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢٧ ، ١٣٢ ، ١٣٣

اللهم الا فى العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية ، بينما نجده كان معروفا فى الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، أى قبل ذلك ببضعة قرون .

فالشريعة الاسلامية — خلافا للقانون الرومانى — هى فى جوهرها مجردة من الشكليات قائمة على البساطة فى التعامل وعلى نية الطرفين فى التعاقد ، فلا تتطلب لاتمام العقد صيغة رسمية ، ولا وضعا خاصا من الأوضاع من انتقال الملكية ، وانما يلتزم المدين بعهده وتنتقل الملكية بناء على مجرد الاتفاق أى المجرد من اجراء معين من الاجراءات أو شكل معين من الاشكال . فالرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى فى نظر الشريعة (١) .

(ثالثاً) لقد امتاز فقهاء الشريعة على فقهاء الرومان بل امتازوا على فقهاء العالم — كما يقرر الأستاذ الدكتور السنهورى — باستخلاص أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه (٢) .

(رابعا) أن القانون الرومانى لا يقر للمرأة بذلك المركز الممتاز الذى تتمتع به فى ظلال الشريعة الاسلامية التى قررت للمرأة استقلالها بالتصرف فى أموالها ، وقررت لها من الحقوق بمقدار ما فرض عليها من واجبات ، فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال

---

(١) ويلاحظ أن مبدأ سلطان الادارة هو مبدأ عام التطبيق فى الشريعة الاسلامية اللهم الا اذا استثنينا ذلك الخلاف الذى نشب بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد « الفعل» الذى يستعمله المتعاقدان فى التعبير عن ارادتهما : هل يجب أن يصدر فى صيغة الماضى أم يصح صدوره فى صيغة المستقبل ، وهل يباح استعمال صيغة المضارع ، وفيما عدا ذلك نجد الشريعة تبتعد عن الشكليات فالمدين يلتزم برضائه المجرد عن الشكليات ، والملكية تنتقل فور انعقاد العقد كما بينا . ويرجع ذلك الى أن قواعد الشريعة تقوم — كما قدمنا — على مبادىء خلقية ، وشأنها فى ذلك شأن القانون الكنسى .

راجع فى تفصيل ذلك : « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٨٠ و « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٢٠١ ومؤلف الأستاذ الدكتور صوفى ص١٥٨ — ١٦١ حيث أشار الى هذين المرجعين .

(٢) راجع « أصول القانون » للأستاذين الدكتور السنهورى والدكتور حشمت أبو ستيت صفحة ١٣٢

عليهن درجة » ، وكان ذلك فى حين يفرض القانون الرومانى على المرأة واجبات دون أن يقرو لها حقوقاً (١) .

(خامساً) تمتاز الشريعة على القانون الرومانى فى أنها قامت على العدالة ، فهى لا تعرف نظاما شبيها بذلك النظام الرومانى الاستبدادى الذى يقرر لرب الأسرة حقوقا تمتد حتى تشمل أموال أسرته وأشخاصهم . ولقد كان للأب الرومانى(فى العصر القديم) سلطة مطلقة على أولاده فكان له أن يبيعهم باعتبارهم أرقاء ، كما كان للدائن أن يبيع مدينه المعسر ، ولكن مع مراعاة شرط واحد فحسب هو أن يتم البيع خارج روما ! !(٢) .

(سادساً) وأخيراً تمتاز الشريعة على القانون الرومانى فى أنها قامت على أساس المساواة بين الأفراد أمام القانون فهى — عكس القانون الرومانى — لا تميز بين الأفراد بسبب الأصل أو الطبقة التى ينتسب الفرد اليها فكان القانون الرومانى مثلا يشدد عقوبة الرجل الوضيع أى الذى ينتسب الى الطبقة الدنيا ، فى حين يخفف عقوبة الرجل الذى ينتسب للطبقة العليا اذا ارتكبا جرما واحدا (٣) .

---

(١) راجع « الفقه الاسلامى و القانون الرومانى » للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٦٨ — ٧٨ « وتاريخ النظم القانونية و الاجتماعية » ص ٢١٥ للأستاذ الدكتور صوفى حسن أبى طالب .

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص١٠٢ ، و« القانون الرومانى » طبعة ١٩٤٩ ص ١١ للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوى .

(٣) راجع مدونة جستنيان ترجمة المرحوم الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى (باشا) ص ٣١٧ حيث ورد فيها أن « من استهوى أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته أن كان من بيئة كريمة مصادرة نصف ماله ، وأن كان من بيئة ذميمة فعقوبته الجلد والنفى من الأرض » — وراجع فيما تقدم « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » ص ٢١٢ للأستاذ الشيخ شلبى ، ومؤلف الأستاذ الشيخ أبى زهرة (المرجع السابق) ص ١٣ — ١٥

٤ – مسألة اطلاع فقهاء الشريعة على الفقه الرومانى (لنشأتهم فى سوريا) .

القول بأن بعض الأئمة من المسلمين – وفى مقدمتهم الامامان الشافعى والأوزاعى – نشأوا فى سوريا ولذلك كان لهم علم أو المام بالقانون الرومانى هو قول وان مال اليه وصدقه بعض المستشرقين فقد مال عنه وكذبه كافة المؤرخين .

فالامام الشافعى قد ولد فى غزة بفلسطين ثم انتقل فى سن جد مبكرة الى مكة حيث نشأ فيها ، ثم كانت له رحلات الى بغداد والى القاهرة ، ولم يذكر لنا التاريخ أنه رحل الى سوريا حيث تعلم ببيروت بمدرستها الرومانية القانون كما يدعون (١) .

واذا نحن استثنينا الامام الاوزاعى فأن التاريخ لا يذكر لنا أن أحدا من كبار الفقهاء فى عهد الخلفاء الراشدين أو الأمويين والعباسيين أقام فى سوريا التى كانت تسود بها دراسة القانون الرومانى (كما يدعون) ، وانما نجد بعضهم كانت اقامته بالمدنية والكوفة ثم بعد ذلك انتقل الى بغداد ، ذلك كان شأن الامام أبى حنيفة وأصحابه والامام ابن حنبل ، أما الامام الشافعى فقد انتقل من الحجاز الى بغداد ثم القاهرة ولم يحدثنا التاريخ أن أحدا من فقهاء الشريعة الاسلامية تعلم على يد معلم أجنبى فتعلم منه القانون الرومانى ، ولم نجد أحدا منهم أشار فى مناظراته ومجادلاته أو فى مؤلفاته ولو مجرد اشارة فى وجيز من العبارة الى أحد نصوص أو مبادىء القانون الرومانى ، على سبيل القياس أو على سبيل التأييد أو التفنيد. ولو أن فقيها مسلما واحدا تأثر

---

(١) كان فى بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية فى الشام – راجع فيما تقدم « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للأستاذ أحمد أمين ، و « المدخل » للأستاذ الشيخ شلبى (المرجع السابق) ص ٢١١ .

ويجدر بنا هنا أن نشير الى أن الامام الشافعى توفى عام ٢٠٤ هـ أما الامام أبو عمر بن عبد الرحمن الأوزاعى فقد توفى عام ١٥٧ هـ

بالقانون الرومانى لكان الامام الاوزاعى الذى عاش فى بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية فى الشام وكان أكبر فقهائها ، ولكن فقهه – فيما تبين – كان يقوم على الكتاب والسنة حتى أن العلماء عدوه فى عداد أئمة مدرسة أهل الحديث وهى أبعد مظنة من التأثر بالقانون الرومانى (١) .

٥ – الادعاء بتأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى فى عصر ترجمة التراث الغربى .

أنه مما يذكر ولا يصح أن ينكر أن الحضارة العربية قد تعاون فى بنيانها – إلى جانب العقل العربى الاسلامى – العقل اليونانى والرومانى وكذلك الفارسى ، ولقد كان فى مقدمة العوامل التى عملت على نهضة الحركة العربية ترجمة العلوم والفلسفة اليونانية الى اللغة العربية ، فضلا عما نقل الى العربية من تراث فارس والروم . أما الأدعاء بأنه كان من أثر ماتقدم أن تأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى فهو ادعاء يمكن الرد عليه بما يلى :

(أولا) عصر الترجمة قد بدأ فى عهد الأمويين ثم ازدهر ازدهاراً كبيراً فى عهد الدولة العباسية وعلى وجه الخصوص فى عهد الخليفة (العباسى) المأمون(٢).

---

(١) « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين حيث يقول (ص ٢٤٧) « لم نعثر على أحد من الأئمة المشرعين أشار أية أشارة الى القانون الرومانى على سبيل النقد أو التأييد أو الاقتباس وقد كان أولى الناس بالتأثر بالقانون الرومانى الأوزاعى فقد عاش فى بيروت ... وكان أكبر فقيه فيها ، وقد التفت بعض المستشرقين الى ذلك وقالوا : « أن من دواعى الأسف أن مذهبه اندثر ولو عثرنا عليه لوجدنا فيه أثراً كبيراً للقانون الرومانى» ، ويظهر لنا أنه قول غير وجيه فقد عثرت على جملة صالحة من مذهبه فى الجزء السابع من كتاب الأم (للامام الشافعى) ، ودلتنى قراءتها على أن من الأنصاف أن يعد الأوزاعى من مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأى عكس ما يقول جولدزيهر ، ومدرسة الحديث أبعد مظنة من التأثر بالقانون الرومانى » ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين .

(٢) يلاحظ أن عصر الخلفاء الأمويين يبدأ بمعاوية عام ٤١ هـ (٦٦١ ميلادية) وينتهى بمروان الثانى عام ١٣٢ هـ (٧٥٠م) أما عصر الخلفاء العباسيين فيبدأ بأبى العباس السفاح عام ١٣٢ هـ (٧٥٠ م) وينتهى بهزيمة العباسيين أمام التتار عام ٦٥٦ هـ (١٢٥٨ م) فى عهد الخليفة المستعصم أى أن الدولة العباسية حكمت نحو خمسة قرون ، أما الخليفة المأمون فقد كان عهد خلافته من عام ١٩٨ هـ (٨١٣) الى عام ٢١٨ هـ (٨٣٣ م) – راجع كتاب « النظم الاسلامية » للأستاذين الدكتور حسن ابراهيم حسن (أستاذ التاريخ الاسلامى بجامعة القاهرة ومدير جامعة أسيوط سابقا) والدكتور على ابراهيم حسن الطبعة الأولى ١٩٣٩ ص ٤٨ ، ٥٨ – ٦٠

وفى ذلك العهد لم يكن الفقه الاسلامى فى دور التكوين حتى يصح القول بتأثره بحركة الترجمة بل أنه كان قد أتم مرحلة التكوين منذ النصف الأول للقرن الهجرى (أى فى أواخر القرن السابع الميلادى) .

(ثانياً) أن حركة الترجمة فى ذلك العهد (الأموى أو العباسى) لم تتناول شيئا من كتب القانون الرومانى ، فمن الحقائق الثابتة من الناحية التاريخية أن أول كتاب ترجم الى العربية من كتب القانون الرومانى انما حدث بعد عصر حركة الترجمة بعدة قرون ، اذ كان هو الكتاب المعروف باسم الكتاب السورى الرومانى عام ١١٠٠ ميلادية (١) .

فالواقع أن حركة الترجمة (فى العهد الأموى والعباسى) انما كانت موجهة الى الأدب والمنطق والفلسفة والطب والهندسة الخ . ولكنها لم تتجه الى القانون (٢) .

(ثالثا) لم يعرف عن أحد من فقهاء المسلمين أنه كان بيده كتاب مترجم من كتب القانون الرومانى ، ونجد من المستشرقين من يقر بهذه الحقيقة (٣) .

والواقع أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يحسوا الحاجة الى الأخذ عن غيرهم ، فلقد كان لديهم من كتاب الله وسنة رسوله ومن التراث الفقهى للصحابة والتابعين ما جعلهم فى غنى عن الاستعانة بغيرهم (٤) .

---

(١) ثم تلاه كتاب فى القانون الرومانى للامبراطور بازيل يسمى Prochiton ترجم من الاغريقية الى العربية فى القرن الثالث عشر – راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨٤ ، ٩١ ويجدر بنا هنا أن نذكر أنه قد حدث فى أوائل الربع الثانى من هذا القرن العشرين أن قام فى مصر الفقيه الكبير الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا بترجمة مدونة جستنيان .

(٢) « فجر الاسلام » للاستاذ أحمد أمين ص ١٢٨ وما بعدها .

(٣) ذلك هو ما أقر به المستشرق الألمانى شاخت (فى محاضرته التى سبقت الاشارة اليها ص ٤–٧) راجع فى ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٩١

(٤) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦

٦ — مسألة اقرار الاسلام للعرف

القول بأن الاسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عرف أو عادات، وأن بعضها مستمد من القانون الرومانى ، أن هذا القول ان صح فأنه لا يصح أن يتخذ — كما يقولون — سنادا للرأى القائل بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى، فالاسلام لم يأت للهدم بل للبناء ، ولذلك أقر ماكان صالحا مما كان سائدا من عرف أو عادات (١) ، ونضيف الى ما تقدم أن الاسلام — كما هو معلوم — أقر بعض العادات التى كانت معروفة لدى العرب فى الجاهلية ، ومن الأمور البدهية أن ذلك لا يصلح دليلا على أن الاسلام قد تأثر بالعصر الجاهلى فى حين أن الاسلام انما كان حربا على المبادىء والعقائد السائدة فى ذلك العصر (٢) .

ومع ذلك فأنه لم يثبت أن العادات أو الأعراف العربية التى احتضنها الفقه الاسلامى كانت قد تأثرت بالقانون الرومانى ، وذلك هو ما أقر به المستشرق الالمانى شاخت (٣) .

٧ — الادعاء بالتأثر بالقانون الرومانى عن طريق الثقافة اليهودية

أن الادعاء بأن القانون الرومان قد أثر فى الشريعة الاسلامية عن هذا الطريق هو مما لا يمكن قبوله الا اذا ثبت أمران : (الأول) أن القانون الرومانى قد أثر فى القانون اليهودى ، و(الثانى) أن يثبت أن القانون اليهودى قد أثر بدوره فى الفقه الاسلامى . وهما أمران لم يثبت أحد من المستشرقين أحدهما ، بل الذى ثبت هو عكسهما :

(فأولا) أن من الأمور الثابتة أن القانون الرومانى — بعد القرن الثالث الميلادى هو الذى تأثر بالقانون اليهود (٤) .

---

(١) «المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى» (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ شلبى ص ٢١٢

(٢) بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه لا يصح القول أن تشريع بلد من البلاد تأثر بتشريع بلد آخر الا اذا كان قد نقل عن ذلك التشريع الآخر بعضا من المبادىء أو الأحكام التى اختص بها ذلك التشريع الآخر .

(٣) ، (٤) صوفى (المرجع السابق) ص ٩٢ ، ٦٣

(ثانيا) اذا كان مما لا يمكن انكاره أن الثقافة اليهودية قد أثرت الى حد ما فى الثقافة الاسلامية فى ميدان الأدب والفلسفة والعلوم وغير ذلك من ميادين النشاط الفكرى (١) ، الا أن تلك الثقافة اليهودية لم تكن ذات أثر فى الفقه ، فالتاريخ لا يذكر لنا اسم واحد من فقهاء الشريعة الاسلامية كان من أصل يهودى (٢) .

أما ما ذكره البعض من وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية الاسلامية وما يقابلها عند اليهود ، وبوجه خاص نظام الأسرة (٣) فهو رأى لا يستند على أساس من الواقع ، فالواقع أن ثمة اختلافا كبيراً بين المبادىء القانونية العامة التى تسيطر على كلا التشريعين (الاسلامى واليهودى) ، ففيما يتعلق مثلا بالزواج فأننا نجده يتم فى الشريعة الاسلامية بمجرد الاتفاق من الطرفين دون اشتراط اجراء آخر من الاجراءات الشكلية بخلاف الحال لدى اليهود حيث يشترط أن يكون العقد كتابة كما يشترط النطق بعبارات

---

(١) « بين الشريعة الاسلامية و القانون الرومانى » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور صوفى ص ٦٤ ، وراجع « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ص ٢٤ حيث يقول « نشر اليهود فى البلاد التى نزلوها فى جزيرة العرب تعاليم التوراة وما جاء فيها : من تاريخ خلق الدنيا ومن بعث وحساب وميزان ، ونشروا تفاسير المفسرين للتوراه وما أحاط بها من أساطير وخرافات كالتى أدخلها — بعد من أسلم من اليهود مثل كعب الأحبار ووهب بن منبه وأضرابهما . وكذلك كان لليهود أثر كبير فى اللغة العربية فقد أدخلوا عليها كلمات كثيرة لم يكن يعرفها العرب ومصطلحات دينية لم يكن لهم بها علم ، مثل جهنم والشيطان وأبليس» .

(٢) أن التاريخ يذكر لنا أسماء ثلاثة من أبرز اليهود الذين أسلموا وساهموا فى الحركة الثقافية والعلمية الاسلامية : وهم عبد الله بن سلام (المتوفى عام ٤٠ هـ) وكعب الأحبار الذى أسلم فى عهد الخليفة أبى بكر (أو ربما فى عهد عمر) وما سرجويه فى عهد خلافة الأمويين ، أما الأول والثانى فقد كان اهتمامهما موجها الى المسائل الدينية ورواية الحديث فحسب وقد كان ينظر الى ما يرويانه من الأحاديث نظرة ارتياب لما عرف عنهما من وضع للأحاديث غير الصحيحة ، أما الثالث فقد كان نشاطه فى الحركة بعيداً عن دائرة القانون لأنه كان طبيبا — راجع فى ذلك « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ١٥٠ ، ١٦١ — ١٦٣ ، ومؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٦٤ — ٦٦

(٣) راجع الهامش رقم ٣ ص ١٢١ من بحثنا هذا حيث أشرنا الى رأى الأستاذ لامبير . وقد رأينا أن نكتفى هنا بمناقشة رأيه بصدد نظام الاسرة (الزواج والطلاق) .

معينة باللغة العبرية واقامة صلاة دينية يحضرها عدد معين من الرجال (١٠ على الأقل) الخ ، كما أنهم يبيحون التعدد فى الزوجات دون مراعاة شروط خاصة أهمها اقتصار التعدد على أربع زوجات وغير ذلك مما يشترط فى الشريعة الاسلامية ، ثم أن القانون اليهودى يحدد أهلية المرأة المتزوجة وملكيتها لأموالها بعد الزواج بخلاف الشريعة الاسلامية اذ أنها تعترف للمرأة المتزوجة بأهليتها كاملة وتبيح لها التصرف فى أموالها دون حاجة الى اذن زوجها .
والطلاق يقوم كذلك على أسس مختلفة فى هاتين الشريعتين ، فالطلاق يقع فى الشريعة الاسلامية دون اشتراط اجراءات شكلية خاصة ، وللزوجة طلب الطلاق فى حالات خاصة وبشروط معينة ، وذلك بخلاف الحال فى القانون اليهودى حيث تشترط للطلاق اجراءات شكلية خاصة مماثلة لاجراءات الزواج وليس للمرأة اليهودية حق طلب الطلاق لأى سبب ما حتى فى حالة ثبوت الزنا على الزوج (١) .

ويجدر بنا أخيرا أن نذكر أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يكن باستطاعتهم الاطلاع على القانون اليهودى اذ كان كل من التوراة والتلمود مكتوبا بلغة غير عربية ، ومعلوم مدى جهل العرب باللغات الاجنبية (٢) .

٨ — الادعاء بالتأثر بالقانون الرومانى عن طريق ذوى الثقافة الاغريقية العالية فى القرن الثانى الهجرى .

هذا الادعاء يقوم — كما قدمنا — على أساس الاعتقاد بأن الفقه الاسلامى انما بدأ تكوينه وأن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا فى هذا القرن الثانى الهجرى الذى دخل فيه فى الاسلام بعض ذوى الثقافات الاغريقية العالية (وكان القانون الرومانى من عناصر تلك الثقافة التى حملوها معهم حين اعتنقوا الاسلام) .

---

(١) ، (٢) راجع — مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٦٦ — ٦٩ ولزيادة التفصيل (وللرد على جميع ما ذكره الأستاذ لامبير) راجع ص ٧٠ — ٧٦ من المرجع السالف الذكر .

صحيح أن أئمة المذاهب الاربعة انما عرفت مذاهبهم فى القرن الثانى الهجرى (وقد امتدت حياة الامام ابن حنبل حتى منتصف القرن الثالث) ولكن التراث الفقهى من قبلهم كان تراثا ضخما وكبيرا حتما (١) .

وصحيح أن حركة التأليف والتدوين للفقه الاسلامى ووضع المصطلحات القانونية وقواعد الاستنباط التى يسير عليها الفقيه ، (أى علم أصول الفقه) لم توجد الا فى هذا القرن الثانى الهجرى (٢) .

ولكن اذا كان هذا صحيحا فليس بالصحيح أن يفهم من ذلك أن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا فى ذلك القرن فلقد كان التراث الفقهى الذى خلفه الصحابة والتابعون — كما قدمنا — ضخما وكبيراً ، ولقد اعتمد أئمة المذاهب الأربعة فيما بعد على هذا التراث واتخذوه أساسا لما ألفوه من كتب فقهية ، ولقد كان ذلك التراث الفقهى من الوفرة والدقة بحيث أمكن القول بأن مضمون الفقه الاسلامى قد تحدد من الوجهة

---

(١) راجع فى ذلك بحثا للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى بعنوان « فقه الصحابة والتابعين » (نشره معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية عام ١٩٥٤) وراجع كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » ص ١٠٨ حيث يقول : « الواقع أن تجديد الفقه الاسلامى انما ينسب الى زيد بن ثابت وأبى موسى وابن مسعود والخليفتين عمر وعلى ، وكلهم صحابى للرسول فى أثناء الخلافة الراشدة أى فى الثلاثين سنة التالية لوفاة الرسول » .

(٢) ويرجع ذلك كما يقول ابن خلدون (فى « مقدمته »ص ٤٥١ — ٤٥٢) الى أنه لم تكن بالعرب فى القرن الأول حاجة الى شيء من ذلك كله «فالاحكام الشرعية (كما يقول) التى هى أوامر الله ونواهيه كان الرجال ينقلونها فى صدورهم وقد عرفوا مأخذها من الكتاب والسنة بما تلقوا من صاحب الشرع وأصحابه ، والقوم يومئذ عرب لم يعرفوا أمر التعليم والتأليف والتدوين ولا دفعوا اليه ولا دعتهم اليه حاجة ، وقد جرى الأمر على ذلك فى عهد الصحابة والتابعين . ولم يكن فقهاء المسلمين بحاجة الى علم أصول الفقه — كما يقول ابن خلدون — لأن استفادة المعانى من الألفاظ لا يحتاج فيه الى أكثر مما كان عندهم من الملكة اللغوية ، فلم يحس المسلمون بالحاجة الى وضع قواعد محددة لاستنباط الأحكام الا بعد أن مضى عهد ذلك السلف الصالح وفسدت الملكة اللغوية على أثر اتصال العرب بالأجانب (ابن خلدون ص ٣٥٩) — راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٩٤ ، ٩٥ .

الموضوعية منذ النصف الأول من القرن الهجرى الأول : الأمر الذى أدى بقواعد التشريع الاسلامى أن تكون بمنأى عن التأثر بتشريع أجنبى(١) .

أما القول بأن الأفكار البيزنطية (الاغريقية) قد انتقلت وانتقل معها القانون الرومانى فى ذلك القرن الثانى عن طريق الاشخاص المثقفين ثقافة أغريقية رومانية عالية بعد اعتناقهم الاسلام فهو كذلك ادعاء لا يقوم على أساس صحيح :

(أولا) لأنه لم يكن بين هؤلاء الأشخاص ذوى الثقافة العالية الذين اعتنقوا الاسلام أحد من رجال الفقه ، انما كانت ثقافتهم قائمة الفلسفة والمنطق .

(ثانياً) لأنه لم يكن بين المجتهدين المسلمين (وهم رجال الافتاء وأصحاب سلطة التشريع بعد الرسول) أحد من أولئك الأشخاص .

(ثالثاً) لأن للفقهاء البيزنطيين طريقة خاصة فى البحث ومعالجة الشئون القانونية تخالف طريقة الفقهاء المسلمين : فالفقهاء البيزنطيون كانت عقليتهم ذات طابع نظرى بمنأى عن مجرى الحياة وأحداثها اليومية فكانت عنايتهم تتجه الى وضع النظريات والمبادىء العامة ، أما الفقهاء المسلمون — وبوجه خاص فقهاء القرنين الأول والثانى للهجرة — فقد كانت عنايتهم تتجه بالعكس الى بحث الحالات الفردية والمشاكل والأحداث اليومية واستنباط الحلول الفقهية لها ، وذلك دون أن يعنوا باستنباط النظريات والمبادىء العامة (٢) .

٩ — الادعاء بالتأثر بالقانون الرومانى عن طريق مدرسة الاسكندرية

كانت مدرسة الاسكندرية — كما هو معلوم — مركزا لنشر الثقافة الأدبية والفلسفة ، كما كانت مركزاً قانونيا هاماً فى الشرق . على أن ذلك لا يصلح

(١) راجع بحث « فقه الصحابة والتابعين » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، و الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٩٦

(٢) راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى ص ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٤ .

سنادا للادعاء بأن الفقه الاسلامى قد تأثر – بعد فتح العرب لمصر – بالقانون الرومانى عن طريق معهد القانون الذى كان قائما بالاسكندرية ، وذلك لأن من الحقائق التاريخية الثابتة أن هذا المعهد كان قد قرر الغاؤه فى عهد الامبراطور جستنيان عام ٥٣٣ م. أى قبل ظهور الاسلام ، وبالتالى قبل فتح العرب لمصر بقرن ونيف من الزمان (فقد كان سقوط الاسكندرية فى أيدى العرب عام ٦٤١ م) (١) .

الفرع الثالث

الرأى الثانى القائل باستقلال الشريعة الاسلامية عن القانون الرومانى

تمهيد – ناقشنا – فيما قدمنا – الأدلة التى استند اليها القائلون بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى ، ولقد بينا بصورة لا سبيل للريب فيها ألا سبيل للاخذ بتلك الأدلة . ولقد كان فى ثنايا بعض ما أوردنا من البيانات والبينات بعض من الحجج التى تثبت استقلال الشريعة وفقهائها عن القانون الرومانى (٢) .

وعلينا الآن أن نؤيد ونؤكد هذا الاستقلال ببعض آخر من الحجج نقدمها فيما يلى :

---

(١) ويلاحظ كذلك أن مكتبة الاسكندرية الشهيرة التى أنشئت فى عهد حكم البطالسة (أو البطالمة) كانت قد أحرقت قبل دخول العرب لمصر بزمان طويل كما أثبت ذلك المؤرخ البريطانى الكبير بتلر (فى كتابه : « فتح العرب لمصر ترجمة الأستاذ محمد فريد أبى حديد طبعة ١٩٣٣ ص ٣٤٨ – ٣٧٠) .

راجع فيما تقدم (بصدد مدرسة الاسكندرية و مكتبتها) مؤلف الدكتور صوفى ص ٥٦ – ٦٠

(٢) بدأت النظرية القائلة باستقلال الشريعة (عن القانون الرومانى) فى الظهور منذ الربع الأول لهذا القرن العشرين ، ولقد حمل لواء هذه النظرية عدد غير قليل من فقهاء الشرقيين (وبخاصة من المصريين) وقليل من المستشرقين والفقهاء الغربيين الذين كانت لهم دراية باللغة العربية . راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨ ، ٩

أولاً استقلال الشريعة

(أولا) — استقلال الشريعة من حيث نشأتها وتطورها : لقد بدأت الشريعة الاسلامية كتابا منزلا من عند الله ، أما القانون الرومانى فقد بدأ عادات ، فمصادر الشريعة بل وطرق تفسير قواعدها تختلف عن مثيلتها عند الرومان (١) .

(ثانياً) — الاختلاف فى اللغة الفقهية : مما يلاحظ (كما يقول الأستاذ فتزجيرالد Fitz Gerald أنه حين يعمد شعب الى استعارة فكرة من شعب آخر فأننا نجده عادة يعمد فى الوقت ذاته الى أن يستعير كذلك المظهر الذى عرفت به تلك الفكرة كذلك ، ولهذا نرى كلمات ومصطلحات غير قليلة تدل على نظم وأفكار خاصة ، دخلت من أجل ذلك من اللغة الاغريقية فى القانون الرومانى ، أما فى التشريع الاسلامى فنحن لا نكاد نجد كلمة واحدة استعملت من اللاتينية أو الاغريقية اللهم الا كلمة «قانون» ومع ذلك فأنها تستعمل بمعنى مختلف عن المعنى الذى تستعمل به فى اللاتينية حيث تدل على تنظيم الادارة أكثر من دلالتها على التشريع (٢) .

---

(١) « أصول القانون » للأستاذين الدكتور السنهورى و الدكتور حشمت أبو ستيت ص ١٣٢ وفى هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسى زيس Zeys (فى مؤلفه : Traité élementaire de droit musulman. Alger 1885 P IX « انى أحس حينما أقرأ فى كتب الفقه الاسلامى أنى قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الرومانى ... وأصبحت أعتقد أن الصلة قد انقطعت بينهما ... فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الشريعة على الوحى الالهى ، فكيف يتصور التوفيق بين قانونين وصلا الى مثل هذه الدرجة من الاختلاف » — راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى ص ١٠٩

(٢) تلك كانت — كما يرى — حجة قدمها احد المستشرقين (وهو الأستاذ فتزجيرالد) وذلك فى بحث له نشره بالانجليزية بعنوان « الدين المزعوم للقانون الرومانى على القانون الاسلامى » نشرت فى يناير ١٩٥١ بمجلة Law quartly Review مجلد رقم ٦٧ ص ٨١ — ١٠٢ . وكان ذلك نقلا من المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١١١

(ثالثاً) وجود مبادىء ونظم جديدة فى الشريعة لا وجود لها فى القانون الرومانى :

(ا) نذكر فى مقدمة تلك المبادىء : المبدأ السائد فى الشريعة والذى يقضى بعدم اقامة حدود فاصلة بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ، الأمر الذى أدى الى قيام كثير من النظريات أو المبادىء القانونية الاسلامية التى لم تكن معروفة فى القانون الرومانى مثل اساءة استعمال الحق ، ونظرية الضرورة ، ومبدأ التزام المتعاقدين بناء على الرضا وحده دون اشتراط بعض من الاجراءات الشكلية ، وهو ما يطلق عليه مبدأ سلطان الارادة (مما سبق لنا بيانه تفصيلا) (١) .

(ب) ونذكر من تلك الأنظمة الجديدة فى الشريعة نظام الحسبة ، وهى وظيفة اجتماعية تقابل وظيفة النيابة العمومية فى العصر الحديث ، ونظام العقاب بالتعزير ، وهو يتلخص فى أن العقوبة يترك تحديدها — نوعا ومقدارا — الى القاضى ، فيحكم بما يراه تبعا لما يظهر له من ظروف كل جريمة ، وهذا نظام تمتاز به الشريعة الاسلامية وحدها — كما يقول الأستاذ الكبير على بدوى — كما أن كبار العلماء الجنائيين

---

(١) راجع ص ١٢٧ ، ١٢٨ من هذا البحث .

وراجع « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته جـ ١ ص ٢٠١ ، ١٦١ حيث يقول بصدد موضوع « نظرية النيابة فى العقد بطريق الوكالة أو الفضالة » :

« ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الرومانى الا بعد جهاد عنيف ، وهو قد بقى مجهولا من التشريع الفرنسى القديم ، أما الفقه الاسلامى فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جدا » .

ينادون به فى العصر الحديث، وذلك حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها (١) .

(رابعاً) — وجود أنظمة ومبادىء فى القانون الرومانى لا وجود لها فى الشريعة الاسلامية :

نذكر كأمثلة لتلك الأنظمة والمبادىء نظام السلطة الأبوية ، والسيادة الزوجية والوصاية على المرأة ، فالشريعة الاسلامية لا تعرف نظاما مماثلا لذلك النظام الرومانى الذى يقرر لرب الأسرة حقوقا تمتد الى أموال أفراد أسرته ولا أن للذكر مثل حظ الأنثيين فى الميراث ولا ذلك المركز الممتاز الذى تتمتع به المرأة المسلمة فى استقلالها بالتصرف فى مالها الخاص (وقد سبقت لنا الاشارة الى ذلك تفصيلا) (٢).

(خامسا) — شهادة بعض المستشرقين وبعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن :

وأخيرا فلعل أقوى وجوه الاستدلال على ذلك الاستقلال ما يشهد به بعض المستشرقين وفى مقدمتهم نذكر الأستاذ فيتزجيرالد الذى وجه الى المستشرقين

---

(١) راجع فى ذلك بحثا للاستاذ الكبير على بدوى (عميد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً) وقد نشر هذا البحث بعنوان « أبحاث فى تاريخ الشرائع » بمجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس من السنة الأولى (عدد نوفمبر سنة ١٩٣١ ص ٧٣١ — ٧٣٦) ، وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٨ ، ٩٩ ، وراجع كتاب « بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى » للأستاذ الدكتور صوفى حسن أبو طالب ص ٣ حيث يقول :

« أن الفقه الاسلامى ترك أثراً واضحا فى القوانين الغربية المبنية على القانون الرومانى ، يتمثل ذلك الأثر بصفة خاصة فى نظم القانون التجارى الحديث ، فقد انتقلت كثير من النظم القانونية الاسلامية الى العادات التجارية التى كانت سائدة بين سكان شرقى حوض البحر الأبيض المتوسط فى العصور الوسطى وبصفة خاصة عادات وتقاليد الجمهوريات الايطالية فى ذلك العهد ، من ذلك نظام شركة المضاربة والسفتجة » .

(٢) راجع ص ١٢٩، ١٣٠ من هذا البحث ، وراجع مؤلف الدكتور محمد يوسف موسى (المرجع السابق) ص ٩٨ ، ١٠٢

المنادين بعدم استقلال الشريعة عن القانون الرومانى أخطر الانتقادات بل والاتهامات، وحسبنا أن نشير الى ما اتهم به أحدهم (وهو شلدون اموس Amos) بأنه « كان يعمل فى حقل يكاد يجهله تماما » ، وانتقد مستشرقا آخر (وهو سواس باشا) وكان موظفا مسيحيا ممتازا فى الدولة العثمانية بأنه «كان ذا عقلية غير علمية ولا دقيقه، كما كان الذى يدفع به الى ما كتب دافعا سياسيا وهو اظهار التشريع الاسلامى بأنه كان دائما قابلا للمؤثرات الغربية » .

أما المستشرق الكبير جولدتسيهر فقد ذكر فيتز جيرالد عنه أنه « من أعظم الأسماء فى الدراسات العربية ولكن الحجج التى تقدم بها فى هذا الموضوع قد عدل عنها هو ذاته فى مؤلفاته المتأخرة » (١) .

وكذلك نجد بعضا من المؤتمرات الدولية للقانون المقارن قد أقرت — فى بعض ما أصدرته من قرارات —باستقلال الشريعة عن غيرها من الشرائع ، حسبنا أن نشير هنا الى القرار الصادر بهذا المعنى من المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى عقد فى لاهاى عام ١٩٣٧ ، وذلك بعد أن تقدم أحد العلماء من مندوبى الأزهر ببحث الى المؤتمر فى هذا الموضوع (٢) .

خاتمة

يتبين مما تقدم بما لا يدع سبيلا الى الريب استقلال الشريعة الاسلامية عن القانون الرومانى ، كما يتبين أن الفقه الاسلامى — كما يقول الأستاذ الكبير على بدوى — قد بلغ الذروة من دقة البحث وعمق التفكير (٣) — ونرى — فى مقام الختام — أن ندلى بالملحوظات التالية :

---

(١) راجع فى ذلك بحث الأستاذ فيتز جيرالد Fitz gerald (المرجع السابق) ص ٨١ — ١٠٢ ترجمة الدكتور عبد الحليم النجار (الأستاذ بكلية الآداب بجامعة القاهرة) ، وكان ذلك نقلا عن « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١٠٥

(٢) راجع فى ذلك « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى» للأستاذ الشيخ شلبى ص ٥

(٣) « أبحاث فى تاريخ الشرائع » للأستاذ على بدوى (المرجع السابق) ص ٧٣٣ وما بعدها .

الملحوظة الأولى : تأثر القانون الرومانى بتشريعات شرقية وبالفقه الاسلامى

(ا) لقد كان القانون الرومانى – فيما يرى البعض – هو الذى تأثر بتشريعات بعض البلاد الشرقية ، فالغالبية العظمى من التعديلات التى أجريت فى القانون الرومانى فى العصر البيزنطى ترجع الى القانون الذى كان سائداً فى مصر والعادات والتقاليد القانونية التى كانت مطبقة فى الشام .

وفى عهد الامبراطور جستنيان جمعت قواعد القانون الرومانى الذى أصبح شرقيا أكثر منه رومانيا فى مجموعات قانونية عرفت باسمه وكان لها أبلغ الأثر فى المدنية الغربية الحديثة الى حد حدا بالبعض الى أن يقول أنه ليس هناك بعد الانجيل كتاب أثر فى المدنية الغربية مثل ذلك التأثير الذى كان لمجموعات جستنيان (١) .

ولم يقتصر أثر الشرق فى مجموعات جستنيان على ماتقدم، بل لقد وجدنا الأشخاص الذين استعان بهم جستنيان فى تجميع

---

(١) Walton: Historical introduction to the roman law p. 1.

كان ذلك نقلا عن مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ١٧ ، ١٨ ، وفى ١٦ ، ١٧ يقول : «كان تأثر القانون الرومانى بعادات البلاد الشرقية ذات الثقافة الاغريقية واضحا لدرجة جعلت شراح القانون الرومانى يطلقون عليه فى العصر البيزنطى اسم القانون الرومانى البيزنطى (أو الأغريقى droit roman-Hellénique) وقد اتخذ هذا التأثير احدى صور ثلاث :

(ا) تعديل كثير من النظم الرومانية بما يتلائم مع قوانين البلاد الشرقية .

(ب) استحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الرومانى وكانت سارية فى تلك البلاد الشرقية قبل تطبيق ذلك القانون .

(ج) وأخيراً اندثار بعض النظم الرومانية نظراً لعدم العمل بها فى تلك البلاد الشرقية لعدم ملاءمتها لما عرفته هذه البلاد من نظم قانونية » .

تلك المجموعات من أساتذة القانون فى الجامعات التى كانت قائمة فى الشرق (القسطنطينية وبيروت) وممن عداهم من رجال القانون فى تلك البلاد الشرقية (١) .

(ب) وكذلك ذهب بعض الباحثين الى أن القانون الرومانى قد تأثر كذلك بالفقه الاسلامى وأفاد منه ، وكان ذلك فيما زيد عليه فى عصر النهضة الأوربية عن طريق الثقافة والعلوم الاسلامية التى كانت من عوامل هذه النهضة كما هو معروف (٢) .

الملحوظة الثانية : مدى تأثر العرب بالبلاد التى فتحوها (وذلك فى ميدان التشريع) . على أنه مما لا يجوز انكاره أن اتصال العرب المسلمين بغيرهم من شعوب البلاد التى فتحوها كان له أثره فى ميدان التشريع ، الا أن هذا الأثر لا يكاد يعدو مجرد الاثارة لكثير من الوقائع والمشاكل الجديدة . ولقد أخذ الفقهاء المسلمون فى حل هذه المشاكل ووضع أحكام لهذه الوقائع مستوحين مبادىء الشريعة الاسلامية وأصولها الصحيحة . كما أن أولئك العرب الفاتحين قد تركوا — كما قدمنا — فى البلاد التى فتحوها — العادات والأعراف التى لم تكن مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية (٣) .

---

(١) مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص١٨ ، وراجع ص١٧ الهامش رقم٣ من المرجع السابق حيث ذكر المؤلف عن مجموعات جستنيان أنها كانت تتكون من ثلاث : « مجموعة الدساتير » Codex صدرت عام ٥٢٩ لتضم الدساتير التى صدرت من الأباطرة ، « والموسوعة » Digesta وقد جمع فيها كتابات فقهاء العصر العلمى وصدرت عام ٥٣٣ ، و « النظم » صدرت كذلك عام ٥٣٣ وهو كتاب موجز للقانون الرومانى وكان يدرس لطلبة القانون ».

(٢) ذلك هو ما ذكره الدكتور صبحى محمصانى فى كتابه «فلسفة التشريع فى الاسلام» (طبعة بيروت عام ١٩٤٦ ص٢٢٩ — ٢٣٠) وكان ذلك نقلا عن مؤلف الدكتور محمد يوسف موسى (المرجع السابق) ص ٩٦

(٣) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦ ، ٩٧
وراجع « ضحى الاسلام » (طبعة ١٩٥٦ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨) للاستاذ أحمد أمين حيث يذكر لنا أنه كان لترجمة الفلسفة اليونانية فى العصر العباسى أثر سىء من ناحية إضعاف الروح الدينية اذ « أصبح علماء الكلام والمذاهب الدينية (كما يقول) ينظرون الى القرآن من خلال الفلسفة اليونانية ، وذلك ان كان فيه مران عقلى وتوسيع لبعض مناحى الفكر ففيه إضعاف لقوة الروح =

الملحوظة الثالثة : تأثر العرب بالفرس — والواقع أن العرب قد تأثروا بالحضارة الفارسية أضعاف ما تأثروا بالحضارة اليونانية أو الرومانية ، ذلك لأن الفرس هم الذين انتقلوا الى العربية ولم تنتقل العربية اليهم ، ثم أن دولة الفرس ذابت فى المملكة العربية ، ولقد كانت حياة الفرس تحت أعين العرب ، أما الحياة اليونانية (أو الرومانية) فقد كانت بعيدة عن العرب ، فلم تكن تحت أعينهم لينظروها ، فهنالك فى بلاد اليونان أو الرومان آلهة تخالف المخالفة كلها تعاليم دينهم ، ونظم سياسية واجتماعية لم يكن للعرب بها عهد (١) .

مما تقدم فقد أصبح من البين أننا لا نستطيع أن نوافق على ما ذكره أحد الزملاء الأجلاء عن هذه المسألة (مسألة تأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى) بأنها «مسألة طال فيها الكلام قديما وحديثا .. ثم لا تزال على حالها لم تحل حتى اليوم»(٢) أننا نستطيع أن نقرر الآن — فى يقين مبين — أنه بفضل غير القليلين من الباحثين المصريين (ومنهم ذلك الزميل نفسه) وبفضل القليلين من المستشرقين فقد أمكن الوصول فى تلك المسألة الى حل لا يحل اليوم فيه الريب أو الخلاف .

= وحماسة القلب ، سواء فى ذلك المعتزلة والأشعرية والماتريديه ، فكلهم استخدموا الأدلة اليونانية فى العقائد الدينية وهى غير الطريقة التى نحاها القرآن الكريم فى الدعوة الى الدين لقد كادوا بعملهم هذا يقطعون الصلة بين العقل والقلب وينمون الناحية العقلية على حساب قوة العاطفة » ، ثم يقول : « فأهم غرض للقرآن الكريم أن يحيى الشعور ببيان علاقة الانسان القوية بالله والعالم وأن يعمل على ذلك بتغذية الحياة الروحية ، أما علماء الكلام فقد أرادوا أن يصلوا الى ذلك عن طريق المنطق ، وشتان بين الطريقين ، فحياة المنطق لا تملأ القلب حماسة ولا تبعث فى النفس حرارة ايمان ، انما تفعل ذلك الحياة الروحية » .

(١) « فجر الاسلام » (الطبعة السابعة لسنة ١٩٥٥) ص ١٣٧ للأستاذ أحمد أمين .

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه « المدخل » ص ٩٢ ، ٩٣

المبحث الرابع

مصادر الأحكام الدستورية

فى الشريعة الاسلامية (فى العصر الحديث)

كلمة تمهيدية :

أن علماء الشريعة الاسلامية — فيما قدمنا — قدموا لنا مصادر الشريعة (أو على حد تعبير بعضهم « أدلة الأحكام ») بوجه عام ، فهم لم يأخذوا بسنة أساتذة القانون الوضعى الحديث الذين يبحثون عن مصادر كل فرع من فروع القانون بقسميه : القانون العام والقانون الخاص .

والمنهج العلمى السليم — فيما قدمنا أيضاً — يتطلب من الباحث الذى يبحث عن المبادىء الدستورية أو النظام السياسى (نظام الحكم) فى الاسلام ، أن يبين أولا مصادر تلك المبادىء أو ذلك النظام فى الاسلام ، أى — على حد التعبير الفقهى الحديث — أن يبين أولا ما هى مصادر القانون الدستورى فى الشريعة الاسلامية . ذلك هو ما سنتولى الآن بيانه .

ولقد سبق لنا أن ذكرنا أن الذى يهمنا من هذا البحث هو معرفة أمرين ، أو الاجابة عن سؤالين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية (التى تقررت فى صدر الاسلام أو فيما تلاه من العهود الاسلامية) نقول هل تعد جميعا ملزمة لنا فى هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند — كما هو معلوم — الى مصدر من تلك المصادر (« أدلة الأحكام ») السالفة الذكر لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزما لنا فى عصرنا سوى بعض من تلك الأحكام ، فما هى تلك الأحكام ؟

(الثانى) حين يريد المشرع فى بلد إسلامى أن يضع لبلده فى عصرنا هذا دستوراً مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية أو متفقا مع أحكامها فهل يغدو واجبا عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعا ؟ واذا تقرر أنه لا يلزم الا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟ .

كما سبق أن ذكرنا أن هذا هو ماعنيناه بعبارة « فى العصر الحديث » التى أضفناها الى عنوان هذا البحث

– أما وقد بينا الزاوية أو الناحية التى نتصدى منها لمعالجة هذا البحث فأننا نستطيع أن نقرر أن مصادر تلك الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية تنحصر فى مصدرين : القرآن والسنة، أما المصادر (أو «أدلة الأحكام») الأخرى التى ذكرها الأصوليون من علماء الشريعة فلا مكان لها فى ميدان الأحكام الدستورية فى عصرنا هذا .

ونستطيع أن نضيف الى هذين المصدرين فى هذا العصر : التشريع الدستورى الصادر من أولى الأمر فى حدود أحكام الشريعة (كما بينها القرآن والسنة) – ولننتقل الآن الى تفسير وتفصيل ما أجملنا – وسنقسم هذا المبحث الى قسمين أو فرعين :

(الأول) نبين فيه مصادر الاحكام الدستورية (فى الشريعة) كما نراها .

(الثانى) نبين فيه وجهة نظرنا فى أنه لامكان للمصادر الأخرى (المعروفة لدى علماء الشريعة) فى ميدان الأحكام الدستورية فى العصر الحديث .

الفرع الأول – مصادر الأحكام الدستورية

أولا – القرآن

القرآن هو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية جميعا ، بعبارة أخرى أنه المصدر الأول للقواعد القانونية الشرعية بمختلف أنواعها ، فهو اذاً المصدر الأول للقانون الدستورى فى الشريعة الاسلامية .

ملاحظات عامة : ولابد لنا هنا من ابداء بعض بيانات أو ملاحظات بهذا الصدد ، يتلخص أهمها فى الملحوظتين التاليتين :

الملحوظة الأولى : إن القرآن لم يأت — فيما يتعلق بالاحكام الشرعية (أى المسائل القانونية) الا بقواعد كلية أو مبادىء عامة فهو لم يتعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات اللهم الا فى القليل النادر (١) . على أنه اذا كان القرآن قد تعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات فى بعض فروع القانون التى ألحقت بالعبادات ، كما هو الشأن بصدد أحكام الأحوال الشخصية ، وبعض الأحكام الشرعية المتصلة بالقانون الجنائى (كتحديد عقوبات بعض الجرائم ، وهى التى يطلق عليها « الحدود » كحد السرقة وحد الزنا) ، إلا أننا نجده (أى القرآن) لم يتعرض للتفصيلات أو الجزئيات فى الأحكام الشرعية المتصلة بالقوانين الأخرى ، وفى مقدمتها القانون الدستورى (كما يقرر الأستاذ الكبير الشيخ خلاف) ، وذلك لأن هذه الاحكام الدستورية شأنها شأن غيرها من أحكام القوانين الأخرى هى — على حد تعبيره — « مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح» (٢) — ولا عبرة بما قد يعترض به على هذا القول من أن القرآن قد جاء بالآية الكريمة « وما فرطنا فى الكتاب من شىء » ، فالمقصود بهذه الآية : بيان كل شىء من أمور الدين (٣)

---

(١) راجع ص ١٩ ، ٣٩ من هذا البحث .

(٢) ويضيف الى ما تقدم « فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع ، بل اقتصرت على الأحكام الأساسية والمبادىء العامة التى لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العدالة فى كل أمة ليكون أولو الأمر فى أية أمة فى سعة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيلى شرعه القرآن» — راجع فى ذلك مقالا للأستاذ الشيخ خلاف نشر بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل ومايو سنة ١٩٤٥ ص٢٥٣—٢٥٨ بعنوان «مصادر التشريع الاسلامى مرنة » — ويقول (بصفحة ٢٥٤) « فى نصوص القانون الدستورى اقتصرت نصوص القرآن على تقرير المبادىء الأساسية الثلاثة التى تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة وهى الشورى والعدل والمساواة » (« انما المؤمنون اخوة ») ، وتركت تفصيل الأحكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها »

(٣) ذلك هو التفسير الذى ذكره لتلك الآية الأستاذ الأكبر المغفور له الشيخ الخضر حسين=

الملحوظة الثانية : أن آيات الأحكام الشرعية ، أى الآيات القانونية (أو « آيات الأحكام » على حد تعبير علماء الشريعة) الواردة فى القرآن كانت قليلة جدا بالنسبة لمجموع الآيات القرآنية ، فأن هذه الآيات القانونية تبلغ نحو مائتى آية ، بينما تبلغ مجموع الآيات القرآنية نحو ست آلاف (٦٠٠٠) آية (١)

وتعد قلة عدد تلك الآيات القانونية فى نظر علماء الشريعة دليلا من دلائل نزعة الشريعة الاسلامية الى التيسير على المشرعين وعلى الناس لتكون شريعة الله صالحة لكل زمان ومكان (٢) .

أما عن آيات الأحكام المتعلقة بالقانون الدستورى فأننا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرض لبيان عددها ، على أنه يبدو لنا أنها تعد أقل كثيراً من آيات الأحكام المتعلقة بأى فرع من الفروع الأخرى للقانون (٣) .

= فى كتابه « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للأستاذ على عبد الرازق (طبعة القاهرة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٩ ، ٣٠

(١) راجع فى ذلك « العرف فى الفقه الاسلامى » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٩٨ ، « وفجر الاسلام » للاستاذ أحمد أمين الطبعة الثانية ص ٢٦٨

(٢) راجع « تقويم الفكر الدينى » للأستاذ الشيخ محمود الشرقاوى (طبعة ١٩٦٠ ص١٠٥)

(٣) لم نجد أحداً من أساتذة الشريعة وفقهائها عرض لبيان عدد آيات الأحكام فى القرآن فى كل فرع من فروع القانون اللهم الا الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (فى كتابه « المدخل » ص ٣٠) حيث ذكر عددها كما يلى : « فى الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث ووصية وحجر وغيرها نحو سبعين آية ، وفى المجموعة المدنية من بيع واجارة ورهن وشركة وتجارة ومداينة وغيرها نحو سبعين ، وفى المجموعة الجنائية من عقوبات وتحقيق جنايات نحو ثلاثين آية ، وفى القضاء والشهادة وما يتعلق بها نحو عشرين آية » .

مما تقدم يتبين أن الزميل لم يشر الى عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى . فاذا صح ماذكره البعض — كما قدمنا — من أن عدد الآيات القانونية يبلغ نحو ٢٠٠ آية فأنه يترتب على ذلك أن عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى (وغيره من فروع القوانين التى لم يشر اليها الزميل كالقانون الادارى والقانون الدولى والقانون المالى) لا يزيد عن نحو عشر آيات — وانى لأميل الى الاعتقاد أن هذا العدد يقل كثيراً عن الرقم الصحيح ، الأمر الذى يدعونا الى عدم التسليم بصحة ماذكر من أن عدد الآيات القانونية جميعا هو ٢٠٠ .

(ثانيا) السنة

تمهيد — اذا كانت « سنة الأحكام » الدستورية شأنها شأن « آيات الأحكام » الدستورية تعد مصدراً من مصادر القانون الدستورى فى الشريعة الاسلامية ، دون أن يكون ثمة موضع للريب أو الجدال ، الا أن ثمة فارقين هامين — فيما يبدو لنا — بين هذين المصدرين (١) .

(الأول) أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد من مصادر القانون الدستورى فأن هذا — فيما نرى — ليس شأن جميع أنواع سنن الاحكام الدستورية ، أى أن بعض هذه السنن لن نستطيع أن نأخذ بها فى هذا المقام .

الفارق (الثانى) — أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد تشريعا عاما شأنها فى ذلك شأن جميع آيات الاحكام بوجه عام (أى ملزمة لجميع المسلمين فى كل حين أى حتى فى عصرنا هذا بل والى الأبد) فأن هذا ليس شأن جميع سنن الأحكام الدستورية .

واليكم تفصيل ما أجملنا .

— ١ —

ما يعد من أنواع السنن مصدرا من مصادر القانون الدستورى فى الشريعة :

السنة — فيما قدمنا — تنقسم باعتبار سندها (ومن حيث درجة ثبوتها) الى ثلاثة أنواع : متواترة ومشهورة وآحاد ، ولقد تقدم القول أن أغلبية الفقهاء يأخذون بهذه الأنواع الثلاثة ويعدونها حجة واجب اتباعها والعمل بها ، بعبارة أخرى أنهم يعدونها جميعا من مصادر الأحكام الشرعية على اختلافها (أى من مصادر مختلف فروع القانون العام أو القانون الخاص) .

---

(١) يلاحظ أننا نستعمل هنا اصطلاح « سنة الأحكام الدستورية » للدلالة على السنن التى تصدر كتشريع فى المسائل الدستورية ، واصطلاح « آيات الأحكام الدستورية » للدلالة على الآيات القرآنية التى نزلت كتشريع فى تلك المسائل الدستورية .

عدم الأخذ بسنة الآحاد. والرأى عندى أننا — فى مقام القانون الدستورى — لا يجوز أن نأخذ بسنة الآحاد حين تكون مستقلة ، أى حين تأتى بأحكام أو مبادىء جديدة لم ينص عليها فى القرآن ، وذلك للاعتبارين التاليين :

(الاعتبار الأول) أهمية الأحكام الدستورية وخطورتها .

(الاعتبار الثانى) أن سنة الآحاد غير يقينية .

وقبل أن نتكلم تفصيلا عن كل من هذين الاعتبارين نوجه الانظار الى أنهما غير منفصلين كما قد يظن البعض ، انما بينهما اتصال بل أوثق الاتصال فثانيهما يكمل أولهما ، بل ويكاد يتداخل بعض أجزاء هذا فى بعض أجزاء ذاك ، واذا كنا عرضنا الكلام عنهما على هذه الصورة فى نبذتين مختلفتين فأنما كان ذلك حرصا على زيادة الايضاح . ولننتقل الآن الى شرح كل منهما :

الاعتبار الأول : أن الاحكام المتعلقة بالقانون الدستورى هى على قسط كبير من الأهمية والخطورة لأنها تتعلق بالنظام السياسى للدولة أى بنظام الحكم فيها ، وبيان حريات الأفراد وحقوقهم الاساسية ازاء الدولة ، لذلك لم يكن من المقبول أن نأخذ بالسنة فى هذا المقام الا اذا كانت يقينية أى سنة متواترة أو بالاقل سنة مشهورة اذا توفرت فيها بعض شروط (سنشير اليها فيما بعد) ، ففى مثل هذه الشئون التى تنطوى على مثل تلك الأهمية والخطورة يعد عدم شهرة السنن قرينة قوية على عدم صحتها (أى على عدم صدورها حقا عن الرسول) .

واذا كان علماء الشريعة يشترطون بصدد « المصالح المرسلة » — كما قدمنا — أن تكون المصلحة حقيقية أى يقينية غير ظنية (١) ، فأنه يجب من باب

(١) راجع ص ٩٥ ، ٩٦ من هذا البحث .

أولى – فيما يبدو لنا – أن يشترط هذا الشرط فى السنن المستقلة لا سيما بصدد أحكام بالغة الخطورة والأهمية كالأحكام الدستورية .

ولقد كان أبو بكر وعمر – حين يكون المقام مقام تشريع حتى ولو كان تشريعا عاديا لا تشريعا دستوريا – لا يأخذان بالحديث اذا كان راوى الحديث صحابيا واحدا فكان كل منهما أخذاً بسنة الحيطة والتيقن من صحة الأحاديث يتطلب شهادة صحابى آخر يؤيد رواية الصحابى الأول ، لذلك كان طبيعيا بل وضروريا أن نتخذ بصدد التشريعات الدستورية من أسباب الحيطة والتيقن ما يفوق كثيراً ما نتخذه منها بصدد التشريعات العادية ، لاسيما بعد أن انقضى على عهد الرسول العديد من القرون ، ودخل على رواية الحديث الكثير من ضروب الكذب والتحريف (1) .

وكان الامام الغزالى يرى كذلك « أن خبر الواحد لا تثبت به الأصول » (2) وهو يعنى أصول الاحكام الشرعية أى مصادرها (أو على حد تعبير الفقه « الحديث : مصادر القانون) » .

أما ما يبرر به فقهاء الشريعة العمل بسنة الآحاد من أن القاضى يقضى بشهادة الشهود وهى لا تفيد اليقين ، انما تفيد رجحان الظن بالمشهود به » فأن هذا قياس مع الفارق ، فالمقام هنا مقام الكلام عن السنة التى تعد تشريعا لا تلك التى تعد قضاء (أى لا تلك التى تصدر من الرسول بصفته قاضيا

---

(1) راجع كتاب « السنة ومكانتها فى التشريع الاسلامى » (الطبعة الأولى سنة ١٩٦١) للدكتور مصطفى السباعى (رئيس قسم الفقه الاسلامى وأستاذ الأحوال الشخصية فى كليتى الشريعة والحقوق بجامعة دمشق) حيث يقول ص ١٨٢ « رد أبو بكر خبر المغيرة (وهو صحابى) فى ميراث الجدة حتى انضم اليه خبر محمد بن مسلمة » ثم يقول ص ١٨٣ ، ١٨٤ « الواقع أن أبا بكر لم يرد خبر المغيرة لا لأنه لا يقبل خبر الآحاد بل توقف الى أن يأتى ما يؤيده ويزيده (أى يزيد أبا بكر) اعتقادا بوجود هذا التشريع فى الاسلام وهو اعطاء الجدة السدس ، ولما كان هذا تشريعا لم ينص عليه القرآن كان لا بد للعمل به واقراره من زيادة فى التثبت والاحتياط فلما شهد محمد مسلمة أنه سمع هذا من النبى صلى الله عليه وسلم لم يتردد أبو بكر فى العمل بخبر المغيرة » – (وسوف نعود الى الكلام عن هذه المسألة بتفصيل أوفى) .

(2) راجع « المستصفى من علم الأصول » للامام الغزالى ج ١ ص ١٣٨

وانما بصفته مشرعا) . ومن أجل أن يطبق تشريع يجب العلم به عن طريق اليقين ، لا عن طريق الظن حتى ولو كان ينطوى على رجحان الظن — ومع ذلك فالشريعة لا تكتفى بشاهد واحد فحسب أمام القضاء بل تتطلب شهادة شاهدين ، وأحيانا أربعة شهود كما هو الشأن فى جريمة الزنا (١). ومن مبادىء الشريعة درء الحدود بالشبهات ، أى أن القضاء بصددها يجب أن تبنى أحكامه على اليقين لا على رجحان الظن ، والأحكام التشريعية الدستورية ليست أقل خطراً من أحكام القضاء المتعلقة بالحدود .

الاعتبار الثانى : أنه سنة الآحاد غير يقينية

بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه اذا كانت القواعد القانونية (وبخاصة ما كان منها خاصا بالقانون الأساسى للدولة وهو القانون الدستورى) تتطلب أن تكون مصادرها ذات صبغة يقينية أى غير ظنية فأن سنة الآحاد تعوزها هذه الصبغة اليقينية . فأنه اذا كان مما لا يجوز انكاره ما بذله العلماء — منذ عصر الصحابة الى أن تم تدوين السنة — من الجهود من أجل الوصول الى اليقين من ناحية صحة الأحاديث النبوية والعمل على تنقيتها من شائنة شائبة الأكاذيب ،التى أصطلح على تسميتها « وضع الحديث» ، نقول أنه اذا كان مما لا ينكر ما بذل من تلك الجهود الكبيرة الموفقة الا أنه مما لا يمكن التسليم به — رغم ذلك — أن سنة الآحاد تعد ذات صبغة يقينية . ذلك كله مما سنزيده تفسيراً وتفصيلا فيما يلى :

---

(١) قال تعالى فى سورة النساء : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » الى آخر الآية .

أما فى غير جريمة الزنا ، فأن القاعدة العامة جاءت فى قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ولقد قال تعالى أيضاً « وأشهدوا ذوى عدل منكم » على أنه قد رويت أحاديث(رواها مسلم عن على وعن ابن عباس) مؤداها أن الرسول كان يقضى أحيانا بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق . على أن أبا حنيفة وأصحابه لا يأخذون بهذه الأحاديث راجع فيما تقدم « محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء » للاستاذ الشيخ على الخفيف (المرجع السابق) صفحة ٦٨

(فأولا) جهود العلماء وأئمة الحديث — أما عن تلك الجهود التى بذلت من أجل التيقن من صحة الاحاديث فأننا نستطيع أن نلخصها على الوجه الآتى :

١ — بعد أن قامت الفتنة فى أواخر عهد خلافة عثمان وقام عبد الله بن سبأ (الذى كان يهوديا وأسلم) بدعوته الآئمة التى بناها على فكرة التشيع القائل بألوهية الامام على بدأ العلماء من الصحابة والتابعين لا يقبلون من الأحاديث الا ما عرفوا رواتها واطمأنوا الى عدالتهم فلقد تتبعوا الرواة للأحاديث ودرسوا تاريخهم ، وقد وضعوا فى هذا الصدد قواعد قويمة تتصل «بالسند» (أى بأشخاص رواة الحديث) للعمل بمقتضاها لمعرفة من ينبذ ومن يؤخذ بروايته من رواة الأحاديث ، وبناء على تلك القواعد نجدهم قد بينوا لنا من تشملهم طائفة المنبوذين (أى الذين لا يؤخذ بما يروون من أحاديث) ، وأهم عناصر تلك الطائفة أولئك الذين عرفوا بالكذب فى أحاديثهم العامة ولو لم يعرف عنهم كذب على الرسول ، وكذلك الزنادقة والمغفلون الذين لا يفهمون ما يحدثون به ومن كثر نسيانه أو ساء حفظه . وفضلا عن تلك القواعد المتصلة بالسند ، نجد أولئك العلماء قد وضعوا قواعد أخرى قويمة تتصل «بالمتن» أى بنص الحديث ، وذلك لمعرفة الأحاديث التى ينبىء نصها عن عدم صدقها ، فمن أهم ما ذكروه من علامات الوضع (أى الكذب) فى المتن :

(ا) ركاكة اللفظ بحيث يدرك العليم بأسرار البيان العربى أن مثل هذا اللفظ لا يصدر عن مثل الرسول وهو سيد الفصحاء .

(ب) فساد المعنى ، بأن يكون الحديث مما لا تستسيغه العقول ويخالف البداهة كحديث «أن سفينة نوح طافت بالبيت سبعا وصلت عند المقام ركعتين» .

(ج) مخالفة الحديث لصريح القرآن مثل حديث «ولد الزنا لا يدخل الجنة الا سبعة أبناء» فهو مخالف لقوله تعالى : «ولا تزر وازرة وزر أخرى» .

(د) مخالفة الحديث للحقائق التاريخية مثل الحديث الذى ينسب للرسول أنه وضع الجزية على أهل خيبر ، مع أن الثابت تاريخيا أن الجزية لم تكن معروفة ولا مشروعة فى عام خيبر ، وانما نزلت آية الجزية بعد عام تبوك .

(هـ) موافقة الحديث لمذهب الراوى الذى عرف بالتعصب لمذهبه الى حد التطرف (كالأحاديث التى رواها بعض الشيعة المتطرفين عن الامام على) .

(و) أن يتضمن الحديث أمراً حدث أمام جمهور كبير ثم ينفرد شخص واحد بروايته .

(ز) أن يشتمل الحديث على إفراط فى الثواب العظيم على الفعل الصغير والمبالغة بالوعيد على الذنب الصغير الخ (١) .

٢ — ولقد مهدت تلك الجهود الكبيرة الموفقة الطريق أمام أئمة الحديث الذين جاءوا فيما بعد فى القرنين الثانى والثالث الهجريين اللذين شاع فيهما تدوين السنة (كما سبق أن بينا) (٢) ، ولقد كان القرن الثالث أزهى عصور السنة بفضل من ظهر فيه من أئمة الحديث ومؤلفاتهم العظيمة الخالدة ولقد كان أمام المحدثين فى القرن الثالث بل وفى التاريخ الاسلامى كله هو الامام محمد ابن اسماعيل البخارى ، وقد ألف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » وقد تبعه فى طريقته معاصره وتلميذه الامام مسلم بن الحجاج القشيرى (٣) .

---

(١) راجع فيما تقدم « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعى ص ١٠٦ — ١٢٠ ، ٢٥٠ ، ٢٥١

(٢) راجع ص ٤٧ ، ١٥٥ من هذا البحث .

(٣) ولد الامام البخارى عام ١٩٤ وتوفى عام ٢٥٦ هجرية ، أما الامام مسلم فقد ولد عام ٢٠٤ وتوفى عام ٢٦١ ، وقد تبعهما بعد ذلك كثيرون وألفت بعدهما كتب كثيرة من أهمها : سنن أبى داود (المتوفى عام ٢٧٥) والنسائى (المتوفى عام ٣٠٣) وجامع الترمذى (٢٧٩ هـ) وسنن ابن ماجة (٢٧٣) .

راجع فيما تقدم كتاب « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعى (المرجع السابق) ص ١٢١ — ١٢٥

ولقد كان كل من البخارى ومسلم يشترط فى الحديث الصحيح أن يرويه عن الرسول الصحابى المشهور له راويان ثقتان (١) .

مما تقدم يرى أن هذين الامامين (البخارى ومسلم) لم يكونا يأخذان بأحاديث كل صحابى كما يظن البعض ، وانما كانا يشترطان أن يكون « صحابيا مشهوراً بين الثقات الأثبات » ، وهنا يجب ألا يفوتنا توجيه الانظار الى بيان من هو الصحابى والى الاشارة الى أن ذلك التعريف بالصحابى كان موضع خلاف بين العلماء ، ففى نظر أئمة الحديث كالبخارى وابن حنبل ، الصحابى هو من لقى الرسول وهو مميز مؤمنا به ومات على الاسلام ، طالت مجالسته له أو قصرت ، بل وأنه ليكفى فى نظر البخارى أن يكون رأى الرسول لكى يعد صحابيا (٢) .

---

(١) ثم يرويه عنه التابعى المشهور بالرواية عن الصحابى وله راويان ثقتان ثم يرويه عنه من أتباع التابعين حافظ متقن وله رواة ثقات من الطبقة الرابعة ثم يكون شيخ البخارى أو شيخ مسلم حافظا مشهوراً بالعدالة فى روايته .

ذلك هو ما ذكره الحاكم أبو عبد الله النيسابورى (المتوفى عام ٤٠٥ هـ) فى كتابه « المدخل الى معرفة كتاب الاكليل » .

ولقد كان شرط البخارى ومسلم أن يخرجا الحديث المتفق على ثقة نقلته الى الصحابى المشهور بين الثقات الأثبات .

راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » تأليف الأستاذ محمد محمد أبى زهو (الأستاذ بكلية أصول الدين بالأزهر الشريف) طبعة ١٣٧٨ هجرية — ١٩٥٨م . صفحة ٣٨٤ ، ٣٨٥

(٢) راجع كتاب « الحديث والمحدثون » للاستاذ محمد محمد أبى زهو (المرجع السابق) ص ٣٨٥ ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ حيث يضيف الى ما تقدم : « قال أبو المظفر السمعانى : أصحاب الحديث يطلقون اسم الصحابى على كل من روى عنه صلى الله عليه وسلم الراوى حديثا أو كلمة للحديث ، ويتوسعون حتى يعدون من رآه رؤية من الصحابة ، وهذا لشرف منزلة النبى صلى الله عليه وسلم أعطوا كل من رآه حكم الصحبة ، وذكر (أى السمعانى) أن اسم الصحابى من حيث اللغة يقع على من طالت صحبته النبى صلى الله عليه وسلم وكثرت مجالسته له على طريق التبع له والأخذ عنه ، وهذا طريق الأصوليين » .

علم مصطلح الحديث – أن القواعد التى وضعها العلماء لمقاومة الوضع فى الحديث (وسبقت الاشارة اليها) تكون منها ما اصطلح على تسميته « علم مصطلح الحديث » . ولقد ألف أحد علماء التاريخ فى عصرنا هذا كتابا فى أصول الرواية التاريخية اعتمد فيه على قواعد علم مصطلح الحديث واعترف بأنها أصح طريقة علمية حديثة لتصحيح الأخبار والروايات (١) .

(ثانيا) سنة الآحاد غير ذات صبغة يقينية رغم جهود العلماء وأئمة الحديث . أما ماذكرناه من أنه رغم تلك الجهود الكبيرة الموفقة فأن أحاديث الآحاد لا تبلغ بعد مرتبة اليقين الذى تتطلبه أحكام لها ما للأحكام الدستورية من الخطورة والأهمية فبيانا لذلك ندلى بما يلى :

١ – ان الخليفتين أبا بكر وعمر كانا – كما قدمنا – لا يقبلان الحديث أحيانا من راويه الصحابى الا اذا شهد صحابى آخر مؤيداً رواية ذلك الحديث ، وذلك رغم ما هو معروف عن الصحابة بوجه عام من العدالة والصدق والنزاهة ، ورغم أن الراوى الأول للحديث من كبار الصحابة (٢) وروى

---

(١) الكتاب هو « مصطلح التاريخ » ومؤلفه هو الأستاذ أسد رستم (أستاذ التاريخ فى الجامعة الأمريكية ببيروت سابقاً)

راجع فيما تقدم « السنة » للدكتور السباعى (المرجع السابق) ص ١٢٦

(٢) وهنا يجب ملاحظة أمرين : الأمر الأول أن اشتراط شهادة صحابى آخر لا تخرج الحديث عن كونه حديث آحاد ، والأمر الثانى أنه عرفت عن كل من أبى بكر وعمر حالات كثيرة نجدهما قد قبلا فيها أحاديث لا يرويها سوى صحابى واحد – راجع فى بيان هذه الحالات كتاب « السنة » للأستاذ الدكتور السباعى ص ٧١ – ٨٥

على أن الذى يهمنا هنا ذكره هو أن الخليفتين أبا بكر وعمر لم يكونا أحيانا يطمئنان الى صحة رواية الحديث رغم أن راوى الحديث من كبار الصحابة الأجلاء ، ورغم قرب عهدهما بالرسول ورغم أن المسائل التى كان يروى فيها الحديث لم تكن لها أهمية وخطورة المسائل الدستورية فمثلا كانت من أهم المسائل التى لم يقبل فيها أبو بكر الحديث الذى رواه صحابى واحد هو الحديث الذى رواه المغيرة عن الرسول من أنه كان يعطى الجدة الثلث ، وذلك حين جاءت الجدة الى أبى بكر تلتمس أن تورث ، فسأل عمر المغيرة : هل معك أحد ؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها أبو بكر أما عن عمر فيذكر أن الصحابى الكبير أبا موسى سلم على عمر من وراء الباب ثلاثا فلم يؤذن له =

عن الامام على أنه كان يقول : « كنت اذا سمعت من رسول الله حديثا نفعنى الله بما شاء أن ينفعنى به ، وكان اذا حدثنى غيره استحلفته فأذا حلف صدقته » (١) .

٢ ـ أن الامام أبا حنيفة كان لا يقبل أحاديث الآحاد ، اذ كان لا يقبل سوى الأحاديث المشهورة ، وكان ذلك راجعا لانتشار الوضع فى الحديث (٢) ، وكذلك كان المعتزلة والخوارج ـ لهذا السبب ـ لا يأخذون بأحاديث الآحاد (٣)

وكان بعض الفقهاء يرى أنه لا يجب العمل الا بما رواه أربعة عن أربعة (٣)

ـ رفع اعتراض ـ ولا عبرة بما قد يعترض به علينا من أن تلك الريبة التى

= فرجع فأرسل عمر فى أثره فقال : لم رجعت ؟ قال : سمعت رسول الله يقول « اذا سلم أحدكم ثلاثا فلم يجب فليرجع » ، فقال عمر : لتأتينى ببينة أو لأفعلن بك ، فجاء بصحابى آخر يؤيد أبا موسى فى روايته ـ و هذان الحديثان ذكرهما الامام مسلم .

راجع فيما تقدم « السنة » المرجع السابق ص ٨٠ ، وكتاب « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٦٩ ، ٧٠

(١) ويجب كذلك ألا يفهم مما تقدم (كما يقول الدكتور السباعى) أن النهج الذى كان يسير الامام على دائما عليه هو تحليف راوى الحديث ، فقد روى عنه أنه قبل الحديث مرة من راوية دون أن يستحلفه وكان راوى الحديث هو المقداد بن الأسود ـ هذا هو ما ذكره الدكتور السباعى فى كتابه « السنة » ص ٨٥ ، ٨٦ ـ على أنه يبدو لنا أن ذلك كان فعلا هو النهج الذى يسير عليه الامام على من تحليف راوى الحديث وهذا هو ما يتبين من نص أقواله (كما أثبتناها) ، أما الحالة التى قبل فيها الامام على الحديث من راويه دون تحليفه فهى وحدها لا تنهض دليلا على أن التحليف لم يكن الخطة أو القاعدة التى سار عليها الامام على ، اذ يصح القول أنها كانت مجرد استثناء لتلك القاعدة ، حيث أن الأستاذ الدكتور السباعى لم يذكر عن الامام على سوى تلك الحالة ، بينما وجدناه قد ذكر عن أبى بكر وعمر عدة أمثلة أى عدة حالات قبل فيها كل منها الحديث من راويه دون أن يشترط شهادة صحابى آخر .

(١) راجع « السنة » للاستاذ الدكتور السباعى ص ٥٥ ؛

(٢) « السنة » (المرجع السابق) ص ٢٠٢ ، ٢٠٣

(٣) « الحديث والمحدثون » للاستاذ محمد محمد أبى زهو (المرجع السابق)ص ٢٥ ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن هناك بعضا ينكرون حجية السنة (بأنواعها الثلاثة أى حتى المتواتر منها) حين لا ترد بيانا لما فى القرآن أو مؤكدة له وانما تأتى بحكم مستقل ،وكان ذلك الانكار لحجية السنة منذ بداية القرن الثانى الهجرى ـ راجع كتاب « السنة » ص ١٥٣

كانت تحيط بسنة الآحاد ، وأن ذلك التشدد الذى كان يجرى على سنته الخلفاء الراشدون (اللهم الا عثمان) أو غيرهم ازاء قبوله سنة الآحاد انما كان ذلك قبل أن يقوم الامام البخارى(وتلميذه الامام مسلم) بتلك الجهود الكبيرة فى القرن الثالث الهجرى للتأكد من صحة الأحاديث وجمع الصحيح منها ، فالمعروف عن الامام البخارى مثلا أنه قضى ستة عشر عاما فى تصنيف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » ، وكان بالغ الدقة فى اختيار الأحاديث بعد تتبع سير رواتها والتأكد من صدقهم ونزاهتهم ؛ والأخذ بتلك القواعد القويمة التى سبقت الاشارة اليها ، كما كان يشترط فى الصحابى الذى يروى الحديث أن يكون — كما قدمنا — صحابيا مشهوراً وله راويان ثقتان (١).

ودفعا لهذا الاعتراض نقرر أنه رغما عن أن ذلك كله مما لا سبيل الى انكاره ، فأنه لا سبيل كذلك من الناحية الأخرى الى انكار الحقائق التالية :

(ا) ان الامام ابن حنبل — وقد كان معاصراً للامام البخارى — لم يشهد بالصحة لأربعة أحاديث مما جمعه البخارى فى كتابه « الجامع الصحيح » (٢) .

(ب) أن علماء الحديث انتقدوا البخارى فى مائة وعشر من الأحاديث (٣) .

(ج) أن الامام مسلم لم يوافق البخارى على جميع ما جمعه من الأحاديث بل اختلف معه فى بعضها (٤) .

---

(١) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٧٨ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥

وراجع ص ٣٥٥ حيث يقول المؤلف : «كان البخارى رحمه الله فى غاية الحياء والشجاعة والسخاء والورع والزهد فى الدنيا شريف النفس بعيداً عن الأمراء والسلاطين حتى أن أمير بخارى خالد بن أحمد الذهلى طلب اليه أن يحضر ليسمع أولاده منه فأبى أن يذهب ، وقال : « فى بيته يؤتى العلم»فأراد الأمير أن يصرف الناس عن السماع منه فلم يقبلوا من الأمير فأمر ذ عند ذلك بنفيه »

(٢) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص٣٧٨ حيث يقول المؤلف أن البخارى لما عرض كتابه على الامام ابن حنبل وغيره «استحسنوه وشهدوا له بالصحة الا فى أربعة أحاديث».

(٣) ، (٤) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٩٠ ، وراجع « السنة » للاستاذ الدكتور السباعى (المرجع السابق) ص ٥٠١

(د) يرى جمهور العلماء أن كتاب البخارى وأن كان يعد أصح كتب مجاميع الأحاديث بل — وعلى حد تعبيرهم — «أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى»، الا أنهم يرون رغم ذلك أن أن ما جمعه من أحاديث الآحاد لا تفيد الا الظن، أى لا تفيد اليقين (١).

وهنا تجدر بنا الاشارة الى أن أحاديث الآحاد تشمل الغالبية العظمى لما جمع من الأحاديث التى جمعها أئمة الحديث، أما المتواتر من السنة القولية فقليل وقد اختلف فى بيان عدده، ويقولون أن عدده لم يتجاوز عشرة أحاديث أما المتواتر من السنة العملية فكثير (٢).

الخلاصة: أنه لا يصح — فى ميدان القانون الدستورى — أن نقبل سنة الآحاد حين تكون سنة مستقلة (أى سنة تأتى بمبدأ أو حكم جديد لم ينص عليه فى القرآن) مثل حديث «الأئمة من قريش»، ويصح — فيما نرى — أن نأخذ فى هذا المقام بالسنة المشهورة بشرط أن يكون الحديث منقولا عن اثنين من كبار الصحابة، ولا موضع لأن يؤخذ علينا اشتراطنا هذا هذا الشرط، فلقد كان يشترطه أحيانا — كما قدمنا — خليفتان عظيمان هما أبو بكر وعمر، ولقد كانا يشترطانه فى رواية أحاديث تروى بصدد بعض مسائل أو تشريعات عادية تقل كثيراً فى الخطورة والأهمية عن التشريعات الدستورية. والسنة المشهورة — كما يقولون — تعد قريبة من اليقين، وفى رأيى أننا حين نشترط ذلك الشرط نرتفع بها الى مرتبة اليقين.

---

(١) «السنة» للدكتور السباعى ص ٥٠٢، و«الحديث والمحدثون» (المرجع السابق) ص ٣٩٧

(٢) راجع «محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء» للأستاذ الشيخ على الخفيف (رئيس قسم الشريعة سابقاً بكلية الحقوق بجامعة القاهرة) ألقاها على طلبة قسم الدراسات الدينية بمعهد الدراسات العربية العالية، طبعت ١٣٧٥ هـ — ١٩٥٦ م صفحة ٤٢

ويلاحظ أن كبار الصحابة كانوا قليلي العدد اذ كانوا لا يتجاوزون العشرين (مثل أبي بكر وعمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن مسعود وأبي هريره) (١)

ومن البين أنه يجب من باب أولى أن نأخذ فى هذا المقام بالسنة المتواترة ولكن يجب ألا يفوتنا — كما قدمنا — أنها قليلة العدد (٢).

— ٢ —

ما يعد من سنة الأحكام الدستورية تشريعا عاما

تمهيد — أن آيات الأحكام تعد — كقاعدة عامة — تشريعا عاما، أى أنها صادرة لجميع المسلمين فى كل حين، أى ذات صبغة أبدية (٣)، أما أحاديث

---

(١) ويعد كذلك من كبار الصحابة : أبو سعيد الخدرى، وجابر بن عبد الله، وأنس بن مالك والسيدة عائشة أم المؤمنين، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر بن الخطاب، عبد الله بن عمرو بن العاص، وأبو موسى الأشعرى، وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص، وطلحة، ومعاذ بن جبل، وأبوعبيدة الجراح. وقد يرى البعض أن عدد كبار الصحابة يزيد قليلا عن ذلك العدد (أى عن العشرين) — ولقد كان يبلغ عدد الصحابة (الذين رووا أحاديث عن الرسول) ١١٤ الف صحابى — راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٣٢ — ١٤٩، وأنه ليبدو أن هذا العدد بولغ فيه كثيرا — ويلاحظ بوجه عام أن كبار الصحابة (ما عدا عمر وعليا) كانوا أقل رواية للحديث من صغار الصحابة (المرجع السابق ص ١٤٩).

(٢) نلاحظ أن علماء الشريعة يأخذون ببعض أنواع السنة دون البعض الآخر فى مسائل معينة، فمثلا المسائل المتصلة بالعقائد التى يتوقف عليها صحة الاسلام (كالايمان بوجود الله ووحدانيته ووصفه بأوصاف الكمال والجلال، وكالايمان بملائكة الله وكتبه ورسله وبالبعث بعد الموت الخ..) لا تثبت الا بصريح العقل ونصوص القرآن والسنة المتواترة — راجع فى ذلك كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٢١، ٢١٣

(٣) على أننا اذا كنا لانعرف أحكاما شرعية جاء بها القرآن وقصد بها زمان معين، أى لا تعد تشريعا عاما، الا أننا نجد بعض آيات قرآنية خوطب بها أهل زمان معين وهم أهل ذلك الزمن الذى نزل فيه القرآن، لنذكر لذلك مثلا : تلك الآية الكريمة : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا ». ويقول الامام الآمدى (فى كتابه الاحكام ص ١٠٨، ١٠٩) تعليقا على هذه الآية : « ان الخطاب أما أن يكون مع جميع أمة محمد الى يوم القيامة وأما مع الموجودين فى وقت الخطاب ..الخ ».

الأحكام فأن منها – كما قدمنا – ما يعد تشريعا عاماً كذلك ومنها ما يعد بالعكس ذا صبغة وقتية أى أنها لا تمتد الى ما بعد عصر الرسول . ولهذا البحث أهميته الكبرى اذ أننا حين نريد أن نعرف المصادر الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى عصرنا هذا فأنه يجب أن تكون السنة من النوع الأول أى أنها تعد تشريعا عاما . فاذا نظرنا الى سنة الأحكام الدستورية (أى الى السنة التى تتعلق بمواضيع القانون الدستورى) فأننا نستطيع القول أنها كقاعدة عامة لا تعد تشريعا عاما .

فعلماء الشريعة الذين عرضوا لبحث ما يعد ومالا يعد من السنة تشريعا عاما (مثل الإمام القرافى المالكى والأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت) نجدهم يقررون أن ما يصدر من الرسول باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لجماعة المسلمين لا يعد تشريعا عاما لأنه انما بنى على المصلحة القائمة فى عصره (أى عصر الرسول) (١) ومن الأمور البينة بل والبدهية – فيما يبدو لنا – أنه تدخل تحت هذا الاعتبار أو هذه الصفة سنن الاحكام الدستورية .

ومما ذكره الأستاذ الكبير الشيخ خلاف – بصدد كلامه عن النصوص التشريعية فى السنة (أو « سنة الأحكام ») أنه « اذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئات الخاصة فهو تشريع زمنى يطبق فى مثل بيئته ، وان لم تقم القرينة القاطعة على هذا فهو تشريع عام » (٢) – ومن الأمور

---

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٣٢ ، كما ذكره الامام القرافى المالكى (فى مؤلفه : « الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام » ص٢٣وما بعدها) وكتابه «الفروق فى الفرق السادس والثلاثين ج ١ ص ٢٠٥ ، وقد أشار الى هذا المؤلف الأستاذ الشيخ شلبى فى بحث له بعنوان « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » منشور بمجلة الحقوق (بالعدد الأول والثانى سنة ١٩٥٩ – ١٩٦٠) ص ١٢٩ – ١٣١

(٢) راجع فى ذلك مقالا للاستاذ الشيخ خلاف بعنوان « مصادر التشريع الاسلامى مرنه » منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل – مايو ١٩٤٥ ص ٢٥٤ ويذكر الشيخ خلاف مثلا لما تقدم قول الرسول : « خالفوا المشركين : وفروا اللحى وأحفوا الشوارب »ثم يقول الأستاذ الكبير تعليقا على هذا الحديث : « فى نفس صيغة النص ما يدل على انه تشريع زمنى روعى فيه زى المشركين وقت التشريع والقصد الى مخالفتهم فيه ،وأزياء الناس لاستقرار لها » ثم يضيف الى ماتقدم « على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية فى السنة ليست عقبة فى سبيل التطور التشريعى «لانها اذا قام الدليل على أن ماشرع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعدما » ثم يذكر الشيخ خلاف ما فعله عمر مع « المؤلفة قلوبهم » .

البينة بل والبدهية أن التشريع الدستورى (أى التشريع الخاص بنظام الحكم) هو « تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمن التشريع » ، ولذلك نجده فى كل زمان ومكان يختلف باختلاف البيئة وهى دائما تختلف باختلاف الزمان والمكان ، اللهم الا اذا استثنينا بعض الجماعات البدائية الهمجية (التى يطلق عليها العشائر التوتمية) والتى تعيش فى أواسط صحارى استراليا فى عزلة تامة عن العالم (١) .

ومما يذكره علماء الشريعة أن تصرفات الرسول باعتباره اماما لا يجوز لأحد أن يقدم على فعلها الا بأذن الامام (أى سلطات الحكم) لأن الرسول انما يأتى تلك التصرفات أو السنن بصفته اماما لا بصفته رسولا (٢) ، بعبارة أخرى أنه لا يجوز لأحد فى عصرنا هذا أن يأتى بتصرف من تلك التصرفات بحجة أنه سنة عن الرسول ، بل يجب أن يصدر به تشريع أو قرار من السلطة الحاكمة المختصة ، أو على حد تعبير علماء الشريعة « باذن الامام » (أى باذن رئيس الدولة) وكذلك فان ما يصدر عن الرسول بصفته قاضيا لا يجوز لأحد أن يأتيه الا بحكم قضائى ، اذ يجب ألا يفوتنا أن ما يصدر عن الرسول بتلك الصفة (أى بصفته قاضيا) لا يعد تشريعا عاما (٣) .

السنن الأخلاقية والدستورية — نلاحظ أن ثمة سننا تتصل بمبادىء ذات صبغة اخلاقية وفى الوقت ذاته تعد من سنن الأحكام الدستورية مثل الأحاديث التى تحض على الأخذ بمبادىء الشورى والمساواه والتعاون (أو ما يطلق عليه فى الفقه الحديث « الحقوق الاجتماعية » كحق العامل فى اعانة فى حالة الشيخوخة والمرض ورعاية الأمومة والطفولة وغير ذلك من الأحكام التى

---

(١) راجع ما كتبناه عن « العشائر التوتمية » فى أى مؤلف من مؤلفاتنا فى « القانون الدستورى» تحت موضوع « أصل نشأة الدولة » .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٣) ذلك ما ذكره الامام القرافى المالكى فى كتابه « الفروق فى الفرق » وكان ذلك نقلا عن بحث الأستاذ الشيخ شلبى (المشار اليه) ص ١٣٠ ، ١٣١

أصبحت تنص عليها الدساتير الحديثة لا سيا دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية) هذه السنن تعد – فيما يبدو لنا – تشريعا عاما ، وذلك لاتصالها بمبادىء الأخلاق ، ولقد ذكر علماء الشريعة – كما قدمنا – أنه يعد من أحكام السنة تشريعا عاما « ما يصدر عن الرسول بصفته رسولا كأن يبين شأنا متصلا بالاخلاق (١) » . على أنه يلاحظ أن هذه السنن المتصلة بالاخلاق ليست سننا مستقلة، فهى لم تأت عادة الا مبينة أو مؤكدة لما ورد فى القرآن بهذا الصدد أى أنها ليست سننا مستقلة تأتى بأحكام جديدة . ويجدر بنا هنا أن نوجه الانظار الى أن القرآن لم يأت – فى ميدان الأحكام الدستورية – (كما يقرر الشيخ خلاف) الا بمبادىء عامة تصلح لكل زمان ومكان تاركا تفصيل تلك الأحكام لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها ، فالسنن الأخلاقية الدستورية التى نعنيها ونتحدث عنها هنا انما هى تلك التى كانت لها كذلك هذه الصفة ، أى تلك التى جاءت مؤيدة ومؤكدة تلك المبادىء الدستورية الأخلاقية العامة التى نزل بها القرآن .

ولا يفوتنا هنا ملاحظة أن ما يعد تشريعا عاما يعد ملزما لجميع المسلمين فى كل حين سواء كانوا حكاما أو محكومين ، بعبارة أخرى أن عدم قيام الحكام بتطبيق تلك الأحكام – اللهم الا فى حالة الضرورة – يعد انتهاكا لحرمة مبادىء الاسلام .

ولا يفوتنا فى مقام الختام أن نذكر أنه لايوجد فى بعض المسائل فاصل دقيق بين ما يعد متصلا أو غير متصل بالمبادىء الأخلاقية ، كما أنه لا يوجد أحيانا فاصل دقيق بين ما يعد ومالا يعد تشريعا عاما من أحكام السنة ، والخلط بين هذين النوعين – كما قدمنا – هو من أسباب الخلاف بين علماء الشريعة (٢) .

---

(١) الاسلام عقيدة وشريعة (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٢) « تعليل الأحكام » للاستاذ الشيخ شلبى ص ٣١٩ ، وراجع بحثنا هذا ص ٥٨ هامش ١ ، « والاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٩)

انتهينا فيما تقدم من الكلام عن المصدرين الأولين الأساسيين للأحكام الشرعية الدستورية ، بل ولمختلف أنواع الاحكام الشرعية : وهما القرآن والسنة .

ونرى أنه يجب فى هذا المقام – مقام بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية – أن نضيف مصدراً ثالثا تبعيا : ذلك هو التشريع الدستورى الصادر من أولى الأمر فى نطاق مبادىء الشريعة الاسلامية .

فلننتقل اذا الى الكلام عن هذا المصدر الثالث .

– ٣ –

التشريع الدستورى الصادر من « أولى الأمر »

أدلة حجية التشريع الصادر من أولى الأمر (سواء كان تشريعا دستوريا أو عاديا)

أهم تلك الأدلة التى تبين هذه الحجية – وأن كانت فى الواقع لا يعوزها البيان – تتلخص فى تلك الآية الكريمة المعروفة : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » .

– فمن هم « أولو الأمر » ؟ انهم – كما يقول علماء الشريعة – فريقان :

(ا) أولو الأمر الدينى وهم المجتهدون وأهل الفتيا

(ب) وأولو الأمر الدنيوى – وهم الذين يعنينا هنا أمرهم فى هذا المقام – هم من نطلق عليهم فى العصر الحديث « الحكام » ، أى رجال السلطتين التشريعية والتنفيذية ، أو رئيس الدولة (سواء كان يطلق عليه وصف خليفة أو رئيس جمهورية أو سلطان أو ملك أو أمير) حين يجمع ذلك الرئيس بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ويستعين ببعض الأعوان (كالوزراء والولاة) .

وسلطة التشريع فى الشئون الدستورية تتولاها عادة فى العصر الحديث هيئات نيابة منتخبه من الشعب يطلق عليها « الجمعية الوطنية » أو « الجمعية التأسيسية » كما يتولاها أحيانا رئيس الدولة ، وهو قد يكلف «لجنة دستورية» يعين أعضاءها لتحضير مشروعات تلك التشريعات الدستورية ، كما أن تلك التشريعات الصادرة من تلك الهيئات النيابية أو من رئيس الدولة قد يراعى فيها أحيانا عرضها — قبل صدورها — على الاستفتاء الشعبى (١) .

وبعد وفاة الرسول كان يتولى تلك السلطة الخليفة أو الولاه فى مختلف الأمصار ، وذلك فيما عدا الحالات التى يجمع فيها الصحابة على أمر (٢) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن عبارة « أولى الأمر» فى هذه الآية تشمل كذلك القضاة وأمراء السرية (أى قادة الجيوش) ولكننا نلاحظ أن هؤلاء انما يتم تعيينهم بواسطة رئيس الدولة ، فطاعة هؤلاء تعد اذاً فى الواقع داخله فى طاعة الرئيس ، وهو من « أولى الأمر» ، بل وقد يكون أحيانا وحده — كما قدمنا — هو « ولى الأمر » (٣)

---

(١) لزيادة التفصيل بصدد موضوع «أساليب نشأة الدساتير » راجع كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » (طبعة ١٩٥٢) جـ ١ ص ٨٢ — ١٢٢

(٢) راجع فى ذلك « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره ص ٢٩٤ — ٣٠٤) .

وكذلك « محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) للأستاذ الشيخ على الخفيف حيث يذكر بصدد الكلام عن الفترة التى أعقبت وفاة الرسول (ص ٢٠٣ ، ٢٠٤) أن « ما اختلفوا فيه فالى الخليفة أمره »

(٣) وجوه الاختلاف فى تعريف « أولى الأمر » — يلاحظ أن تعريف «أولى الأمر » فى تلك الآية القرآنية كان موضع خلاف غير قليل بين علماء الشريعة . وذلك التعريف الذى قدمناه انما اقتبسناه عن بعض منهم (عن الأستاذ الشيخ خلاف وعن تفسير الرازى) وذلك بعد أن قمنا بصياغته بأسلوب رجال الفقه الوضعى الحديث .

ويجدر بنا هنا أن نعرض تلك التعاريف المختلفة التى ذكرها علماء الشريعة « لأولى الأمر » فى تلك الآية :
=

حدود طاعة أولى الأمر — أن الطاعة انما تجب على الأفراد فى حدود أحكام الشريعة الاسلامية كما بينها القرآن والسنة ، وفى ذلك يقول الأستاذ

= يقول الأستاذ الشيخ خلاف تفسيراً « لأولى الأمر » (فى كتابه « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » ص ٤٩) : « أن لفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الدينى والأمر الدنيوى . وأولو الأمر الدنيوى هم الملوك والأمراء والولاة ، وأولو الأمر الدينى هم المجتهدون وأهل الفتيا ، وقد فسر بعض المفسرين وعلى رأسهم ابن عباس أولى الأمر فى هذه الآية بالعلماء ، وفسرهم آخرون بالأمراء والولاة ، والظاهر التفسير بما يشمل الجميع وبما يوجب طاعة كل فريق فيما هو من شأنه » وورد فى كتاب « الخلافة والامامة العظمى » طبعة ١٣٤١ هـ (١٩٢٢م) للأستاذ الكبير السيد محمد رشيد رضا قوله (ص ١٥) بصدد تفسير الامام الرازى لهذه الآية أنه كان يرى « أن المراد بأولى الأمر أهل الحل والعقد الذين يمثلون سلطة الأمة ، وقد تابعه (أى تابع الرازى) على هذا النيسابورى ، واختاره الأستاذ الامام » (يقصد الشيخ محمد عبده) ، أى أنهم — كما يقول السيد رشيد رضا « أهل الشورى من زعماء المسلمين » .

وورد فى كتاب الامام محمد بن على الشوكانى : « القول المفيد فى أدلة الاجتهاد والتقليد» (طبعة ١٣٤٠ هـ) ص ١٢ « أن للمفسرين فى تفسير أولى الأمر قولين : أحدهما أنهم الأمراء (يقصد الولاة) والثانى أنهم العلماء » .

وورد فى كتاب للاستاذ الشيخ محمد أبى زهرة بعنوان « ابن حزم » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٥٠ بأن الأكثرين من فقهاء التابعين ومن جاء بعدهم فسروا أولى الأمر بأنهم العلماء .

وورد فى كتاب « الاسلام وأصول الحكم » للأستاذ على عبدالرازق (الطبعة الثانية ١٣٤٤هـ ١٩٢٥م) ص ١٤ ، ١٥ أنه يقصد بأولى الأمر فى تلك الآية (طبقا لشرح البيضاوى) « أمراء المسلمين فى عهد الرسول وبعده ويندرج فيهم الخلفاء والقضاة وأمراء السرية ... وقيل علماء الشرع لقوله تعالى «ولو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » .

ونجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (فى مؤلفه : « الاسلام عقيدة وشريعة » طبعة ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م ص ٣٧٢) يعرف أولى الأمر بأنهم «أهل النظر الذين عرفوا فى الأمة بكمال الاختصاص فى بحث الشئون وادراك المصالح والغيرة عليها » ، ثم يضيف الى ما تقدم قوله بأن « اطاعتهم هى الأخذ بما يتفقون عليه فى المسألة ذات النظر والاجتهاد ، أو بما فيها عن طريق الأغلبية أو قوة البرهان » — ومن ذلك يرى أن فضيلته يشترط فى «أولى الأمر » ثلاثة شروط :

(أولا) أن يكونوا من ذوى الخبرة فى بحث ما يعرض عليهم من شئون .

(ثانياً) أن يكونوا من ذوى الادراك لمصالح الشعب والدراية العامة بأحواله .

(ثالثاً) أن يكونوا ذوى غيرة على الصالح العام . وسوف نعود الى هذه النقطة بشىء من التفصيل ، لدى معالجتنا موضوع « مبادىء نظام الحكم فى الاسلام » .

وذكر الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى (فى كتابه « الاجتهاد فى الاسلام » ص ٥٧) « اختلف فى أولى الأمر فقيل هم الأمراء وقيل هم العلماء ، وهما روايتان عن الامام أحمد ، والتحقيق أن الآية تتناول الطائفتين ، وطاعتهم من طاعة الرسول » .

الأكبر الشيخ المراغى . « لقد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله « لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق » ، وقال فى ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية الله فلا سمع له ولا طاعة (١) ».

ملحوظة ختامية : قبل أن نختم هذا الموضوع نود أن ندلى فى هذا الصدد بملحوظتين :

(الأولى) نلاحظ أن علماء الأصول وقد ذكروا « الاجماع » بين مصادر الأحكام الشرعية (أو « أدلة الأحكام » على حد تعبيرهم) قد فاتهم أن يذكروا بين تلك المصادر التشريعات الصادرة من أولى الأمر ، فى نطاق مبادىء الشريعة الاسلامية .

ونلاحظ (ثانيا) أن بعض علماء الشريعة يستعملون أحيانا فى كتاباتهم – لا سيما فى عهد ما قبل الثورة – اصطلاح « ولى الأمر » أى بصيغة المفرد ، وهم يعنون به رئيس الدولة ، مع أن القرآن الكريم لم يستعمل بتاتا هذا الاصطلاح بهذه الصيغة ، بل كان دائما لا يذكر الا « أولى الأمر » بصيغة الجمع (٢) .

هذه الملحوظة ليست كما قد يظن مجرد مسألة شكلية ، بل هى تنطوى على مغزى جوهرى هو أن الاسلام لا يقر لفرد أن يستأثر وحده بجميع سلطات الحكم ، أو بالاجتهاد والفتيا فى الشئون الدينية(٣) .

---

(١) « الاجتهاد فى الاسلام » للأستاذ الشيخ المراغى (المرجع السابق) ص ٥٧

(٢) ذلك أيضاً كما فى قوله تعالى : « لو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » – ويلاحظ أن « أولى الأمر » فى هذه الآية انما يقصد بهم (كما يقول الزمخشرى فى « الكشاف ») « كبراء الصحابة البصراء بالأمور » كان هذا نقلا عن كتاب الأستاذ على عبد الرازق (المرجع السابق ص ١٥) .

(٣) نلاحظ أن استعمال اصطلاح « ولى الأمر » للاشارة الى رئيس الدولة كان كثير الذيوع فى مصر قبل ثورة ١٩١٩ ، حيث كان يوصف الخديوى أو السلطان أو الملك « بولى الأمر » وكذلك « بولى النعم » وكانت توصف الرتب والنياشين بأنها « انعامات » .

أما وقد انتهينا من بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية فى العصر الحديث وهى : القرآن والسنة والتشريع الدستورى الصادر من أولى الأمر ، فأننا ننتقل الى الكلام عن تلك المصادر الأخرى من مصادر الشريعة لنبين الأسباب التى تدعونا الى عدم قبولها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية فى العصر الحديث .

الفرع الثانى

المصادر الأخرى للشريعة وميدان الاحكام الدستورية

سنبين فيما يلى أن المصادر الأخرى – كما ذكرها علماء الشريعة لامكان لها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية فى هذا العصر .

١ — الاجماع

تمهيد : الاجماع – كما قدمنا – هو المصدر الثالث للشريعة الاسلامية ، بعد القرآن والسنة، فهل يجوز لنا أن نعده كذلك المصدر الثالث من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى العصر الحديث ؟ وهل يصح أن يعد الاجماع الذى حدث بصدد الأحكام الدستورية فى عصر من العصور الماضية حجة ملزمة لنا فى عصرنا ؟

المطلب الأول

بحث فى هل يعد الاجماع من مصادر الاحكام الدستورية فى هذا العصر

الرأى عندى أنه لامكان للاجماع فى العصر الحديث بين مصادر الشريعة الاسلامية وبخاصة بصدد الأحكام الشرعية الدستورية :

(فأولا) أن موضوع الاجماع (أو« المجتهد فيه » على حد تعبير علماء الشريعة) يجب أن يكون – كما يقول الامام الغزالى – « أمراً من الأمور الدينية » (١) – ومن البين أن الأحكام الدستورية لا تعد من الأمور الدينية .

---

(١) « المستصفى » للامام الغزالى جـ ١ ص ١١٠

واذا اعترض علينا بأن بعض الأحكام الدستورية تعد فى نظر بعض علماء الشريعة من الأمور الدينية ، أو اذا اعترض بأن الغزالى لم يؤيده فى هذا الرأى أحد من كبار الأئمة ، فأن الاجماع لا يمكن مع ذلك أن يكون له مكان فى العصر الحديث وبخاصة بصدد الأحكام الدستورية ، للأسباب التى سنوردها بعد (١) .

(ثانياً) من أجل أن يكون ثمة اجماع - طبقا لما يشترطه الأصوليون - يجب أن يكون ثمة اتفاق بين جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية ، أى سواء كانوا فى أقطار اسلامية أو غير اسلامية . « وأن محققى العلماء - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى - يرون استحالة الاجماع ونقله بعد القرون الثلاثة (الهجرية) الأولى نظراً لتفرق العلماء فى مشارق الأرض ومغاربها واستحالة الاحاطة بهم وبآرائهم عادة » ، ثم يضيف الأستاذ المراغى الى ذلك قوله : « وهذا رأى واضح كل الوضوح لا يصح لعاقل أن ينازع فيه » (٢) والواقع أننا نجد الكثير من علماء الشريعة فى العصر الحديث يعتنقون هذا الرأى(٣)

---

(١) يلاحظ أننا لا نعرف أحداً من كبار الأئمة عرف عنه رأى مخالف لما ذكره الغزالى اللهم الا الامام الآمدى حيث ذكر فى كتابه « أصول الأحكام » جـ ١ ص ١٠١ ما نصه : « أنه يلزم من تقييد الغزالى للاجماع بالاتفاق على أمر من الأمور الدينية ألا يكون اجماع الأمة على قضية عقلية أو عرفية حجة شرعية وليس كذلك ... الخ » .

(٢) « الاجتهاد فى الاسلام » (المرجع السابق) ص ٢٦ للاستاذ الشيخ مصطفى المراغى .

(٣) نذكر فى مقدمة هؤلاء العلماء الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت حيث يقول (فى كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٤ « أن تفسير الاجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدى الأمة فى عصر من العصور هو تفسير نظرى بحت لايقع ولا يتحقق به تشريع» ، ونذكر كذلك الاستاذ الشيخ خلاف الذى يرى استحالة قيام الاجماع منذ مقتل الخليفة عثمان (كما سنبين تفصيلا فيما بعد) ونجده (فى بحث له بعنوان : « مصادر التشريع الاسلامى مرنه » نشر بمجلة القانون والاقتصاد عدد مايو ١٩٤٥ ص ٢٦٣) يقول ما نصه : « أن علماء المسلمين رسموا الاجماع بصورة لا سبيل الى أن تتحقق فى الوجود ، رسموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية » .

ونذكر كذلك الأستاذ الشيخ شلبى الذى ذهب الى أبعد مما ذهب اليه الأستاذ الشيخ خلاف ، حيث ذكر (فى مؤلفه« المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » طبعة ١٩٥٩ ص ١٦٨) أن الاجماع كان يمكن التحقق فى عهد الخليفتين أبى بكر وعمر ، ومع ذلك فقد ثبت (كما يقول) «أن بعض=

بل أن بعضهم ليرى استحالة قيام الاجماع ليس فحسب بعد القرون الثلاثة الاولى ، بل يرى استحالته قبل ذلك، ومنذ قبيل منتصف القرن الأول (الهجرى) حين حدث ذلك الانقسام الخطير الذى فرق ما بين المسلمين الى عدة طوائف بعد مقتل الخليفة عثمان بن عفان ومبايعة على با لخلافة ومنازعة معاوية له أياها اشتعال الحرب بين الفريقين ، هذا الانقسام الذى بدأ سياسيا بشأن الخلافة والخليفة ثم انقلب دينيا ، قد ترتب عليه انقسام المسلمين الى ثلاث طوائف أو احزاب : الخوارج ، والشيعة ، وأهل السنة والجماعة وهم غالبية الأمة (أو « جمهور الأمة » على حد تعبير علماء الشريعة) (١) ، ولقد كان الشيعة يذهبون الى اعتبار اجماع مجتهديهم وحدهم ، ولايأخذون باجماع غيرهم من المجتهدين (٢) .

ومن المأثور عن الامام ابن حنبل قوله : « من ادعى الاجماع فهو كاذب» (٣)

= ما قيل انهم أجمعوا عليه كان رأى الأغلبية » وأما بعد ذلك العصر فقد أصبح من المتعذر امكان الاتفاق بصورة اجماعية . نوجه الأنظار الى أن الأستاذ الزميل انما يعنى أنه لم يكن يحضر الاجماع سوى أغلبية الصحابة المجتهدين ، وبناء على ذلك فان ما كان يحدث من « اجماع » فى ذلك الاجتماع انما كان اجماع الأغلبية لا أجماع الجميع كما يشترط علماء الأصول .

وراجع « محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ للأستاذ الشيخ على الخفيف حيث يقول : « ان الاجماع على الوضع الذى انتهى اليه الفقهاء أخيرا من أنه اجماع المجتهدين فى عصر من الأعصر من أمة محمد على حكم شرعى — لم يوجد . وفى ذلك يقول الامام ابن تيميه (فى رسالته « رفع الملام عن الأئمة الأعلام ») : «كثيراً ما يدعى الاجماع على حكم من الاحكام وليس هو فى الغالب الا عدم العلم بالمخالف » .

(١) راجع « علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (طبعة ١٩٥٢ ص ٣٠٥) للاستاذ الشيخ خلاف .

(٢) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » (طبعة ١٩٦١ ص ١٩١) للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى

(٣) « الاجتهاد فى الاسلام » للاستاذ الأكبر الشيخ المراغى ص ٢٦ ، و« الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٦٢ — ونلاحظ أن الأستاذ الشيخ شلبى فى بحثه : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » المنشور بمجلة الحقوق بالعددين الأول والثانى ١٩٥٩ — ١٩٦٠ قد نسب هذه العبارة الشهيرة «من ادعى الاجماع فهو كاذب» الى الامام الشافعى لا الى ابن حنبل=

بعض الاعتراضات ودفعها :

هناك بعض الاعتراضات التى يصح أن يعترض بها على الرأى القائل باستحالة انعقاد الاجماع فى العصر الحديث، ولا نعرف من هذه الاعتراضات مما يجدر ذكره سوى اعتراضين :

الاعتراض الأول : قد يرى البعض أن انعقاد الاجماع أمر مستطاع فى العصر الحديث اذا نحن أخذنا بالاجماع الضمنى (أو الاجماع السكوتى » على حد تعبير علماء الشريعة) . وعلماء الحنفية ــ كما قدمنا ــ يأخذون بهذا النوع من الاجماع الذى لا يشترط فيه ــ كما هو معلوم ــ معرفة رأى المجتهدين فى الأمة الاسلامية ، انما يكتفى فيه اذا عرف رأى بعضهم فى مسألة من المسائل ألا يعرف رأى مخالف لبقية المجتهدين .

ودفعاً لهذا الاعتراض نقول أن هذا الاجماع الضمنى (أو « السكوتى» على حد تعبيرهم) كان مفهوما ومعقولا ومقبولا فى صدر الاسلام فى عهد الخلفاء الراشدين (لاسيما فى عهد أبى بكر وعمر وعثمان قبل الفتنة) وبالطريقة التى كان يتم بها الاجماع فى ذلك الحين لا بالصورة التى رسمها الأصوليون فيما بعد ، أى بعد ذلك العهد ، وهى الصورة التى لا تزال معروفة حتى اليوم عن الاجماع فى مؤلفات علماء الشريعة . ففى ذلك العهد (عهد الخلفاء الراشدين) كان الخليفة حين يعلن فى بعض خطبه لاسيا يوم الجمعة بعض القواعد القانونية (أى بعض الأحكام الشرعية) فقد كان يعد سكوت الصحابة المجتمعين بمثابة موافقه اجماعية ، كان ذلك أمراً معقولا مقبولا لأن الصحابة المجتمعين كانوا عبارة عن كافة المجتهدين أو غالبيتهم فى المدينة ، وكان الخلفاء الراشدون أنفسهم يعدون من المجتهدين ، وكانت حرية الرأى مكفولة للمعارضين ، وكان من واجبات كل مجتهد أن يبدى معارضته أو نقده لأخطاء غيره من

= كما ورد فى مؤلفات علماء الشريعة ، على أننا نجده فى كتابه «المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى» ص ١٦٩ بالهامش قد نسب هذه العبارة لابن حنبل ، ولا ندرى لعل للامام الشافعى عبارة مماثلة ، فلقد ذكر الأستاذ الشيخ شلبى فى موضع آخر من ذلك الكتاب (« المدخل » ص ١٦٨ بالهامش رقم ٢) أن الشافعى كذلك لم يجزم بتحقق الاجماع مع اعترافه به كدليل أن وجد .

المجتهدين ، ولو كان ذلك الغير أحد الخلفاء الراشدين فكان مقبولا ومعقولا فى مثل تلك الظروف أن يعد سكوت الحاضرين موافقة اجماعية (١) . ثم أن الاجماع الذى كان معروفا فى عهد الخلفاء الراشدين لم يكن اجماع المجتهدين فى الأمة الاسلامية جميعا كما صوره لنا الأصوليون فيما بعد انما كان اجماعا متواضعا الى حد بعيد بل أبعد حد ، أو بعبارة أصح حتى أضيق حد ، فلقد كان فى الواقع عبارة عن مجرد اجماع المجتهدين المقيمين « بالمدينة » (مدينة الرسول) والتى كانت مقر الخليفة وموطن اقامة الكثيرين من الصحابة المجتهدين ، فكان الاجماع بذلك أمراً مستطاعا نظراً لقلة عدد المجتهدين واجتماعهم فى بلد واحد . ولا وجه للادعاء بأن الصحابة المجتهدين الذين كانوا فى المدينة كانوا يضمون جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية ، حتى فى عهد عمر بن الخطاب الذى كان يحرم على كبار الصحابة وأهل الرأى الرحيل عن المدينة ، وذلك حتى يتيسر الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، فالواقع أن الحاضرين لم يكونوا عادة سوى الأغلبية المكونة من خيا الصحابة ورؤسهم (٢) .

---

(١) راجع ميو (أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بباريس) فى مؤلفه « المدخل لدراسة القانون الاسلامى » وهو مؤلف يقع فى نحو ٨٠٠ صفحة وينم عن اطلاع واسع بالفقه الاسلامى وزاخر بالاشارة الى العديد من أمهات المراجع فى هذا الفقه التى كتبها كبار أئمة وعلماء الشريعة الاسلامية .

L. Millot : Introduction à L'étude du driot musulman (êd Paris, 1953 p. 129,130)

(٢) راجع بحث الأستاذ الشيخ شلبى « الفقه الاسلامى بين المثالية و الواقعية » ص ١٤٧ ، ١٤٨ حيث ذكر ما نصه : « ويظهر لى من تتبع مواضع اجماعاتهم (يعنى المجتهدين من الصحابة فى عهد الخلفاء الراشدين) أنها لم تكن الا نتيجة رأى الأغلبية المكونة من رؤسائهم وخيارهم » وهو يعنى أن المدينة كانت تضم تلك الأغلبية ، فالاجماع انما كانت فى حقيقته اجماع تلك الأغلبية ، ثم يضيف الى ما تقدم قوله « ولم ينقل لنا أن احداً من الخلفاء عطل العمل بما وصلوا اليه بالمشورة حتى يقف على رأى من كان خارج المدينة ، نعم أن عمر منع كبار الصحابة وأهل الرأى من الخروج من المدينة ليسهل الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، ولكننا مع ذلك لا نستطيع الجزم بأن هؤلاء — على فرض اتفاقهم فى الرأى — هم كل المجتهدين فى عصره حتى يشترط فى الاجماع اتفاق جميع المجتهدين . فيكون اجماع الصحابة عبارة من اتفاق (يعنى اجماع) رؤسائهم أو أغلبيتهم ، أصحاب الرأى الناضج فيهم ، ولهذا كان اجماعهم سهلا استقام به أمرهم ، وكان عاملا من عوامل مرونة =

ذلك كان الحال – كما قدمنا – فى عهد الخلفاء الراشدين ، ولكن الأمر قد تغير من بعدهم ، فالخلفاء الذين أعقبوهم لم يكونوا يعدون من المجتهدين (اللهم اذا استثنينا الخليفة عمر بن عبد العزيز) كما أن المجتهدين المسلمين قد تفرقوا فى انحاء العالم الاسلامى الذى امتد من الاطلسى الى الصين ، كما أن حرية الرأى لم تكن دائما مكفولة للمعارضين وفضلا عن ذلك فقد جاء علماء الأصول ليشترطوا – كما قدمنا – فى الاجماع أن يكون اجماع جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية (لا اجماع أغلبية الحاضرين من مجتهدى المدينة) من أجل ذلك كله لم يكن عجيبا أذاً أن نعلم عن الامام ابن حنبل أنه كان يرى أنه لا اجماع الا للصحابة ، وعن الامام مالك أنه كان يرى أنه لا اجماع الا لأهل المدينة (١)

ويجدر بنا أخيراً أن نذكر أن الاجماع على السكوت لم يكن دائما فى عهد الخلفاء الراشدين يعنى اجماعا أى موافقة اجماعية ، فما يذكر عن الخليفة عمر بن الخطاب أنه جمع الصحابة مرتين للتشاور فى بعض الأمور ، وقد لزم فيهما الإمام علىّ جانب الصمت عن ابداء رأيه فى حين أنه لم يكن موافقا ولم تعرف عنه عدم الموافقة الا حين طلب منه فيما بعد ابداء الرأى – وقد يكون السكوت

= التشريع الاسلامى أمام حوادث الأيام المتجددة والمدنيات المتنوعة . أما الاجماع الذى صوره الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين من هذه الأمة فى انحاء الدولة الاسلامية فى عصر من العصور فلن يتحقق الا من طريق الصدفة أو فيما علم من الدين بالضرورة » .

ونلاحظ بهذا الصدد أنه من يسير الأمور الحصول على الاجماع بين أفراد جماعة من ذوى الرأى السليم حين يجتمعون للمناقشة فى أمر من الأمور وحين لا تفرق بينهم مختلف المذاهب أو تتنازع نفوسهم مختلف الأهواء – ولنذكر لذلك مثالا : مجلس الوزراء فى انجلترا ، فقد جرى العرف أن المناقشات فى هذا المجلس تستمر حتى تصدر القرارات بالاجماع (بيردو Burdeau فى مؤلفه : Droit Const. et Inst. Pol. ص ١٨٥ ، ١٨٦

(١) راجع كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول الامام فخر الاسلام أبى الحسين على بن محمد بن حسين البزدوى (من علماء الحنفية وتوفى عام ٨٣٢٨هـ) طبع دار الخلافة سنة ١٣٠٧ هجرية جـ ٣ ص ٩٤٦ وما بعدها – وكان ذلك نقلا عن كتاب « الاسلام وأصول الحكم للاستاذ على عبد الرازق (الطبعة الثانية ١٩٢٥) ص ٢٢

نتيجة الخوف ، ذلك كان شأن ابن عباس الذى أعوزته الشجاعة — فى حياة الخليفة عمر — أن يعارض مبدأ « العول » فى مسائل الميراث ، وذلك لأن الخليفة كان ممن يرون الأخذ بهذا المبدأ (١) .

ونضيف أخيراً الى ما تقدم أن علماء الشريعة وأئمتها — اذا استثنينا الحنفية — لا يأخذون بهذا الاجماع الضمنى (أو السكوتى) أى أنهم لايعتبرونه حجة شرعية (٢) .

الاعتراض الثانى : يرى البعض أنه عن طريق انشاء « مجمع للتشريع الاسلامى » يتكون من علماء بالشريعة الاسلامية ومن علماء بالقوانين الوضعية يمكننا تطوير هذه الشريعة فى العصر الحديث ، وأن أهم وسيلة من وسائل هذا التطوير هى الاجماع ، فالاجماع فى نظر هذا البعض أمر مستطاع فى هذا العصر ، وذلك — كما قدمنا — نظراً لسهولة الاتصالات بين الاقطار الاسلامية ، وبخاصة اذا عنيت الحكومات بتعيين من لهم حق الاجتهاد من علماء المسلمين فى كل بلد (٣) » والرأى عندى أنه اذا كان مما لاريب

---

(١) راجع مؤلف الأستاذ ميو Milliot (المرجع السابق) ص ١٢٩

وراجع كتاب « الاقليد لأدلة الاجتهاد والتقليد » تأليف السيد السند الملك النواب محمد صديق حسن خان بهادر ملك مملكة بهوبان (طبع فى القسطنطينية ١٢٩٦ هـ) ص ٢٢ حيث يقول « أن من العلماء من يغلب عليه الخمول اضطرارا أو اختياراً مع كونه ممن يعتد بقوله ، فمن ادعى اجماع أهل عصر من علماء المسلمين فقد أعظم الدعوى وزعم قيامه بما لا يقوى » .

(٢) راجع ص ٦٦ من هذا البحث .

(٣) هذا هو الرأى الذى أبداه الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » ص ١٩٢ ، وفى كتابه « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » ص ٧٤ — ٧٨ حيث يقول عن الاجماع « هذا المصدر الخصب الذى يمكننا به أن نجعل الفقه (الاسلامى) يتطور بوسائله الشرعية الخاصة حتّى يتناول جميع مسائل العصر ومشاكله بالبحث لمعرفة حكم الله فيها » ويقول فى موضع آخر من هذا المجمع « أنه قد آن الأوان ليكون لنا « مجمع للتشريع الاسلامى » بجانب « مجمع اللغة العربية » ، وأن هذا المجمع « يستطيع العمل بجد على تطور هذا الفقه وعلى جعله صالحا للتطبيق فى هذا العصر ، على أن يكون هذا التطور فى محيط القرآن والسنة ، ووفقا لمبادىء الفقه وأصوله وبخاصة الاجماع ، هذا الأصل العظيم الخصب الذى أدى ثمراته الطيبة فى الأيام المجيدة الأولى وهو حرى — حين يجد فقهاء حريين بهذا الوصف — بأن يؤتى مثل تلك الثمرات فى هذا العصر وفى كل عصر » .

فيه أن انشاء مثل هذا المجمع مما يؤدى الى النهوض بالشريعة الاسلامية وتطويرها ، ولكن على أن يكون مجمعا « للبحوث » أو « لتحضير التشريع » لا « للتشريع » ، الا أنه مما لا ريب فيه كذلك أن الاجماع لا يمكن أن يكون احدى وسائل هذا التطوير ، لأنه احدى وسائل الجمود لا التطور ، هذا فضلا عن أن من المحقق أنه لا يمكن أن يتحقق ، وبيانا لذلك ندلى بما يلى :

١ ـ أن مثل هذا المجمع لا يمكن أن يتحقق به الاجماع ، فالاجماع الذى عرّفه الأصوليون هو ـ كما قدمنا ـ « اتفاق جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية فى عصر من العصور » ، ولم يتطلب الأستاذ الزميل صاحب هذا الاقتراح أن يتكون هذا المجمع من « جميع » المجتهدين فى الأمة الاسلامية أى سواء كانوا فى أقطار اسلامية أو غير اسلامية ، ثم أنه لا سبيل لحصرهم جميعاً لا سيما من كانوا منهم فى أقطار غير اسلامية ، وقيام الحكومات المختلفة باختيار هؤلاء المجتهدين ـ كما يقترح الزميل (١) ـ لا يكفل لنا تحقق هذا الشرط ، لاسيما اذا كانت حكومات غير اسلامية ، ثم أن اجتماع مجتهدين من مختلف الأقطار ومن مختلف المذاهب الاسلامية (لا سيما مع ماهو معروف عن غير قليل من العلماء ـ ولا سيما علماء الشيعة ـ من نزعة متطرفة من التعصب لمذاهبهم) لا يمكن أن يؤدى الى اجماع بل ويندر أن يؤدى الى أغلبية (٢) .

٢ ـ ويشترط الأستاذ صاحب الاقتراح أن يتكون المجمع من فريقين : من « علماء بالشريعة الاسلامية » ومن « علماء بالقوانين الوضعية » ، أما عن الفريق الأول فنلاحظ أن « المجتهدين » غير « العلماء فى الشريعة » ،

---

(١) راجع كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » ص ١٩٢

(٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (طبعة ١٩٥١)للأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول(ص٢٥) « اذا اشترطنا للاحتجاج بالاجماع التحقق من أن جميع المجتهدين فى عصر من العصور على اختلاف بلادهم ومذاهبهم قد اتفقوا على حكم الواقعة فهذا لا سبيل اليه ويؤدى الى أن يكون هذا الاجماع مصدراً فرضياً » ـ وراجع فى هذا المعنى « الاتقليد لأدلة الاجتهاد والتقليد » (المرجع السابق) ص ٢٢

فالشروط التى تشترط فى « المجتهد » لا سيما فى « المجتهد الخاص » (كما سبق بيانها) أقل كثيراً مما يشترط فيمن يطلق عليهم « علماء الشريعة » فى هذا العصر ، أما عن الفريق الثانى فمن البين أن رجال هذا الفريق لا يعدون حتما من« المجتهدين » . فكيف يمكن أن يتحقق الاجماع عن طريق مثل هذا الاجتماع أو هذا المجمع ؟

٣ — أن مثل هذا المجمع اذا كانت له فائدته التى لا تنكر بصدد مسائل الأحوال الشخصية والقانون المدنى وغيره من فروع القانون الخاص ، فانه لا يمكن — وهو يتكون من أعضاء ينتسبون الى بلاد مختلفة ذات مذاهب ونظم دستورية وبيئة اجتماعية وسياسية متباينة — لا يمكن أن تكون له جدوى بصدد التشريعات الدستورية التى تختلف هى الأخرى اختلافا كبيراً تبعا لاختلاف تلك المذاهب السياسية والنظم والبيئات المتباينة .

٤ — أن الشروط التى تشترط فى المجتهدين الذين يتكون من اتفاقهم « الاجماع » هى غير تلك الشروط التى تتطلب فيمن يوكل اليهم وضع التشريعات الدستورية أى الأنظمة السياسية لبلد من البلاد ، وحسبنا هنا تأييدا لرأينا أن ننقل ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت من أن « المجتهدين الذين يشترط فيهم أن يكونوا على درجة خاصة من علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة لا تعدو معرفتهم فى الغالب هذا الجانب ، ولم يألفوا البحث فى تعرف كثير من الشئون العامة ، كشئون السلم والحرب والزراعة والتجارة والصناعة والادارة والسياسة ، نعم هم كغيرهم لهم جانب خاص يعرفونه حق المعرفة وهم أرباب الاختصاص وأولو الأمر فيه ، وهو ما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحرمة فى دائرة ما رسم القرآن من قواعد تشريعية » (١) .

٥ — ثم أنه يشترط لحدوث الاجماع — كما قدمنا — كفالة حرية الرأى، وهذه الحرية تتطلب بدورها — كما بينا — توفر الحرية الشخصية (٢)،

---

(١) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٧٣

(٢) راجع ص ٦٥ ، ٦٦ من هذا البحث

وهما من الحريات التى نجدها غير متوفرة – كما هو معلوم – فى بعض الأقطار الاسلامية ، وغير الاسلامية التى ينتسب اليها بعض المجتهدين من المسلمين والذين يجب اشتراكهم من أجل تكوين الاجماع كما حدد أركانه علماء الأصول .

٦ – ونضيف الى ما تقدم أنه لا توجد دولة من الدول – سواء كانت من الدول الاسلامية أو غير الاسلامية – تسمح أو تقبل بأن يشترك أحد من غير أبنائها فى مهمة وضع التشريعات الدستورية الخاصة بها (١) .

٧ – أما قولنا بأن الاجماع لا يعد فى هذا العصر أداة تطور (كما يرى الزميل) ، انما يعد أداة جمود ، فبيانا لذلك نقول أننا اذا ألقينا نظرة على تاريخ الاجماع فأننا نجد أن الفقهاء كثيراً ما كانوا يذكرون عن بعض مسائل أنها كانت موضع اجماع مع أنها فى الواقع كانت موضع خلاف المجتهدين ، ولكن الفقهاء كانوا يعمدون الى هذا الادعاء من أجل أن يسجلوا على المعارضين وزر معارضة الاجماع وهو يعد – كما هو معروف – المصدر الثالث للشريعة الاسلامية بعد القرآن والسنة ، وقد أدى ذلك الى خشية الكثيرين من المجتهدين من الوقوف موقف المعارضة أو النقد لذلك الرأى أو الحكم الشرعى الذى ادعىَ أنه كان موضع اجماع ، وكان ذلك منهم حرصا على سمعتهم ومكانتهم الدينية ، وذلك مما أدى بداهة الى الجمود (٢) .

ونضيف الى ما تقدم ماذكره بعض الباحثين من أن ما حدث من قفل باب الاجتهاد منذ حوالى عشرة قرون انما كان رأيا أقره الاجماع (٣) .

---

(١) على أنه يحدث أحيانا أن تستدعى بعض البلاد الناشئة (أى « المتخلفة » كما يطلقون عليها) بعض الخبراء الأجانب من فقهاء القانون الدستورى لمجرد الاستئناس بآرائهم ولوضع الصياغة القانونية لنصوص الدستور ، ولكن ثمة فارقا كبيراً بين هذه المهمة ومهمة وضع التشريع الدستورى ذاته والاشتراك فى التصويت بالموافقة عليه .

(٢) « الاسلام عقيدة و شريعة » (المرجع السابق) ص ٦٣ ، ٦٤

(٣) راجع « حضارة الاسلام » ص ١٩٥ تأليف جوستاف فون جرونيباوم Von Grunebaum (الأستاذ بجامعة شيكاجو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الاسلامية الذى عقد بمدينة =

المطلب الثاني

بحث فى هل يعد الاجماع بصدد الأحكام الدستورية فى أحد العصور السالفة ملزما لنا فى هذا العصر ؟

تقدم بنا القول بأن الرأى الذى استقر عليه جمهور الفقهاء — بصدد حجية الاجماع — أنه لا يجوز لأحد أن يخالف الاجماع الذى حدث فى عصر سابق ، على أنهم اختلفوا فيما اذا كان يجوز للمجتهدين أن ينقضوا الاجماع السابق باجماع لاحق(١) والفقهاء — كما يرى — لم يميزوا بهذا الصدد بين مختلف الميادين أو المواضيع التى يتم بصددها الاجماع ، أى أنهم لم يميزوا مثلا بين الاجماع الذى يتم بصدد الأحكام الدستورية وبين ما يتم منه بصدد غيرها من الأحكام الشرعية ، ذلك لأنهم انما كانوا يتكلمون عن الاجماع بوجه عام .

والرأى عندى أن الاجماع بصدد الأحكام الدستورية فى عصر سابق غير ملزم لعصر لاحق ، وبالتالى فهو غير ملزم لنا فى عصرنا ، وذلك لما يلى من الأسباب :

١ — أن الصحابة — كما ذكر الامام ابن حزم — قد أجمعوا ثلاث مرات ، كل مرة على طريقة مختلفة من طرق انعقاد البيعة ، أولاها أن يعهد الخليفة لمن يليه (كما حدث فى اختيار عمر) ، والثانية أن يعهد الخليفة لأحد الأشخاص باختيار الخليفة (كما حدث بشأن اختيار عثمان خليفة) ، والثالثة أن يدعو أحد من توفرت فيه شروط الامامة لنفسه ويطيعه الناس ، كما حدث

= Spa ببلجيكا ١٩٥٣) والكتاب من مجموعة «الألف كتاب » (طبع باشراف ادارة الثقافة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٩٥٦ ، وقد ترجمه الأستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه المرحوم الأستاذ الكبير محمد الحميدالعبادى (العميد السابق لكلية الآداب بالاسكندرية ورئيس قسم التاريخ الاسلامى بها) .

(١) راجع ص ٦٨ ، ٦٩ من هذا البحث .

فى توليه على للخلافة (١) على أننا لا ندرى لماذا لم يشر ابن حزم كذلك إلى أن بيعة أبى بكر قد تمت بطريقة مغايرة لهذه الطرق الثلاث (٢) ومن ذلك يتبين أن الصحابة لم يلتزموا — فى ذلك الشأن من الشئون الدستورية — باجماع سابق اذ أنهم نقضوه باجماع لاحق، هذا مع ملاحظة أنهم كانوا فى كل مرة من تلك المرات يوافقون أى يجمعون على كل طريقة من الطرق التى تمت بها البيعة ، ولا ننسى أن الاجماع انما كان اجماع الحاضرين من الصحابة المجتهدين فى المدينة .

٢ — أنه اذا كانت سنن الأحكام الدستورية — كما قدمنا — لا تعد تشريعا عاما أى أنها غير ملزمة الا فى عهد الرسول ، فمن باب أولى لا يجوز أن يعد الاجماع تشريعا عاما . فالاجماع — كما هو معلوم — انما يلى السنة فى المرتبة بين مصادر الشريعة الاسلامية ، وبذلك فهو لا يمكن أن يعد أقوى حجية من السنة .

٣ — أن الاجماع — كما يقول علماء الشريعة — لا يكون الا عن دليل يستند اليه(٣)، أى أنه يجب أن يستند الى نص فى القرآن أو السنة (أو القياس

---

(١) راجع كتاب « ابن حزم » تأليف الأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة طبع ١٩٥٤ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ — ويلاحظ أن البعض لم يكن يرى أن انعقاد البيعة لعلى قد تم بالاجماع . ذلك ما سوف نعرض له فيما بعد بغير قليل من التفصيل (راجع فى ذلك كتاب « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور محمد ضياء الدين الريس) أستاذ التاريخ الاسلامى بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة) الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ١٠٣

ولا يفوتنا هنا أن نشير الى أن المؤرخ الكبير ابن الأثير قد ذكر فى كتابه « الكامل » (ج ٣ ص ٨٠) عن بيعة على أن الصحابة هم الذين ذهبوا الى على يعرضون عليه أن يبايعوه ، وأنه كان فى البداية رافضاً فلما صمموا قال : اذن ففى المسجد فاجتمع الناس وبايعوه .

أما عن بيعة عثمان فقد طلب الناس من عمر أن يستخلف فاختار لهم ستة ليختاروا من بينهم واحدا راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ عبد القادر عوده (المرجع السابق (ص ١١٣ — ١١٥)

(٢) أما فيما يتعلق بخلافة أبى بكر فقد بايعه الصحابة المجتمعون فى سقيفة بنى ساعده ، ثم فى الغد بايعه الناس بيعة عامة فى المسجد (راجع الاسلام وأوضاعنا السياسية للأستاذ عبد القادر عودة) طبعة ١٩٥١ ص ١١٠

(٣) الأحكام للآمدى ج ١ ص ٣٧٦

على أيهما فى نظر البعض (١) ، فليس هناك اجماع مستقل ، كما هو شأن السنة المستقلة . والقرآن انما جاء (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف فيما قدمنا) بصدد الأحكام الدستورية بمبادىء عامة تصلح لكل زمان ومكان ، فلم يأت بتشريعات للتفصيلات والجزئيات التى تختلف باختلاف البيئات أى باختلاف ظروف الزمان والمكان ، فقد تركت (التفصيلات والجزئيات) لكل أمة لتشرع بصددها بما يلائم أحوالها وظروفها ، فاذا قلنا أن الاجماع الذى تعرض للتفصيلات والجزئيات (مثل طريقة البيعة للخليفة) فى عصر مضى يعد تشريعا عاما (أى صالحا لكل زمان ومكان) كان ذلك مخالفا لروح الآيات القرآنية بصدد الأحكام الدستورية ، فضلا عن أنه مما يؤدى الى الجمود والى الحرج ، مع أن المرونة — كما قدمنا — هى احدى خصائص الشريعة الاسلامية ، ومبدأ « نفى الحرج » كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى — هو من المبادىء العامة التى يجب أن تبقى سيطرتها تامة على جميع التشريع الاسلامى (٢) .

٤ — أن القرارات التى صدرت بالاجماع فى العصور الماضية انما صدرت — كما هو معلوم — باتفاق المجتهدين الذين يشترط فيهم شروط خاصة من ناحية علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة ، وهذه الشروط انما تؤهلهم فحسب — كما يقول بحق الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت — الى أن يكونوا « أرباب الاختصاص فيما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحرمة فى دائرة مارسم القرآن من قواعد تشريعية » (٣) فلا اختصاص لهم اذا فى وضع تشريعات دستورية لا سيما اذا رؤى أو ادعى أنها كذلك لزمان

(١) على أن علماء الظاهرية يرفضون أن يكون الاجماع مستنداً الى القياس وذلك لأنهم يرفضون القياس ، وبذلك فهم لا يرون أن يكون الاجماع مستنداً الى دليل آخر غير نص الكتاب أو السنة راجع فى ذلك « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور موسى ص ١٩٢

(٢) راجع ص ٣٢ ، ٣٣ من هذا البحث .

(٣) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٧٣

ومكان غير زمانهم ومكانهم . ونجد للأستاذ الشيخ خلاف رأياً يماثل هذا الرأى (١) .

٥ — وأخيراً فانه يجدر بنا أن نشير الى ما أثير بين العلماء من الخلاف حول الاجماع وكان خلافا لم يعرف مثله عن مبدأ أو أصل غيره من مبادىء أو أصول التشريع الاسلامى ، حتى أنه ليغدو من المتعذر فيما نرى أن يوضع بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، فلقد اختلفوا فى تعريفه وبيان أركانه كما اختلفوا فى امكان حدوثه ووقوعه ، وكذلك اختلفوا فى امكان معرفته والاطلاع عليه ، بل وصل بهم الخلاف الى حد التشكك فى حجيته ، ثم اختلف الذين قالوا بأنه حجة شرعية فيما اذا كان يجب أن ينقل بالتواتر أو يكتفى بأن ينقل بخبر الآحاد، كما اختلفوا بصدد المواضيع التى يعد حجة فيها (فقال البعض أنه حجة فى الأحكام الشرعية العملية فحسب) (٢).

الى مثل هذا الحد كثر الخلاف حول الاجماع حتى أن الأستاذ الشيخ شلتوت كتب يقول : « لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس أنه أصل من أصول التشريع فى الاسلام ثم تناولته الآراء واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته كهذا الأصل الذى يسمونه الاجماع »(٣) .

الخلاصة — نعود فى النهاية الى ماذكرناه فى البداية من أنه لا مكان للاجماع بين مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى عصرنا هذا

---

(١) راجع بحث « الشريعة الاسلامية مرنة » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦٣ حيث يرى أنه يجب أن تكون الى جانب كل خليفة أو ولى أمر من خلفاء المسلمين وولاة أمورهم جماعة تشريعية أعضاؤها ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشئون الحياة » .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٦٢ ، ٦٣ وراجع « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى» للاستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٩ حيث يذكر بأن«ما يقال عن حدوث بعض حالات تم بصددها الاجماع فعلا فانما كان ذلك بصدد مسائل كانت ثابتة بالقرآن أو بالسنة ثبوتا قاطعا لا شك فيه ، والاجماع لا يعد دليلا (أى مصدراً) فى أمثال هذه المسائل أنما يعد دليلا (أو مصدراً) فى المسائل الاجتهادية غير الثابتة بنص فى القرآن أو السنة ثبوتا قاطعا .

(٣) « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٦٢

فاذا عرفنا ما تقدم وعرفنا وسلمنا بما قدمنا من البيانات البينات ، واذا صح أن الاجماع (كما يقول الباحثون) (١) كان هو الأساس الذى بنيت عليه نظريات أهل السنة فى الخلافة ، تبين لنا مدى النتائج الخطيرة التى تترتب على الأخذ بهذه الآراء فى عالم الأحكام الشرعية الدستورية .

— ٢ —

القياس

تمهيد — القياس — كما قدمنا — هو المصدر الرابع من المصادر المتفق عليها للشريعة الاسلامية فيما يقرر علماء الشريعة ، وهو — فيما نرى — المصدر الثانى من المصادر التى لا مكان لها بين مصادر الأحكام الدستورية للشريعة الاسلامية فى العصر الحديث .

أسباب نبذ القياس فى هذا المقام

أما الأسباب التى تدعونا الى عدم الأخذ بالقياس كمصدر من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة فى هذا العصر فهى تتلخص فى أمرين : (السبب الأول) هو أن القياس ليس مصدراً من مصادر القانون .

(والسبب الثانى) أننا لو سلمنا جدلا باعتبار القياس مصدراً من مصادر القانون (بوجه عام) فهو لا يمكن أن يعد مصدراً من مصادر القانون الدستورى فى عصرنا هذا وبالتالى لا يمكن أن يعد من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى هذا العصر ، بل ولا يمكن أن يكون له مكان بأية صورة من الصور فى ميدان القانون الدستورى .

ولننقل الآن الى الكلام تفصيلا عن كل من هذين السببين .

---

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور ضياء الدين الريس فى كتابه « النظريات السياسية الاسلامية » الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٨٦

المطلب الأول

القياس ليس مصدراً من مصادر القانون

ان القياس لا يجوز فى الواقع أن يعد مصدراً من مصادر الشريعة الاسلامية كما أنه لا يعد مصدراً من مصادر القانون الوضعى فى نظر رجال الفقه الحديث ، وبالتالى فهو لا يجوز أن يعد بين مصادر فرع من فروع الشريعة الاسلامية أو فرع من فروع القانون الوضعى ، ونحن انما نقصد هنا بذلك الفرع « الأحكام الدستورية » (فى الشريعة الاسلامية) أو القانون الدستورى (فى القانون الوضعى) .

وهذا الرأى الذى نقول به لا جديد فيه فهو — فيما نعتقد — ما يراه علماء الأصول (فى الشريعة الاسلامية) ، كما أنه الرأى السائد بين رجال الفقه الوضعى الحديث .

١ — فلدى علماء الأصول (كالامامين الآمدى وأبى حامد الغزالى وغيرهما) نجد القياس يذكر كأحد « أدلة الأحكام الشرعية » لا أحد «المصادر » فاصطلاح « المصادر » غير معروف — كما قدمنا — لدى علماء الشريعة القدامى (نعنى علماء الأصول) (١) . وفرق بين « المصادر » و « الأدلة » ، فالثانية أعم من الأولى ، فاصطلاح « أدلة الأحكام » يشمل « المصادر » وغير المصادر « فالاجتهاد » (بشروطه المعروفة) يصح أن يعد من « أدلة » الأحكام الشرعية ، لكنه لا يصح أن يعد « مصدراً » للأحكام الشرعية أى « منشئاً » للقواعد القانونية الشرعية » الا فى حالة «الاجماع » (اذا توفرت شروطه) التى سبق بيانها ، أو فى حالة صدوره من « أولى الأمر » كما قدمنا . وكذلك الشأن فى القياس فما هو الا صورة من صور

---

(١) فاستعمال اصطلاح « مصادر الشريعة الاسلامية » كرادف لاصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية» لم يعرف — كما قدمنا — الا حديثا ، ويلاحظ ذلك فى مؤلفات علماء الشريعة من أساتذة كليات الحقوق ، ومن البين أنهم قد تأثروا — فى هذا الصدد بما جرى عليه زملاؤهم من أساتذة مادة « المدخل لدراسة القانون » .

الاجتهاد ، أو على حد قول غالبية علماء الأصول ، أن عملية القياس هى « فعل المجتهد » (١) .

٢ — أما علماء الفقه الوضعى الحديث فأننا اذا أردنا أن نتعرف الى نظرتهم الى القياس فأننا نجد أن أكثرهم عناية بموضوع القياس كانوا هم الفقهاء الألمان ، وقد تأثر بهم رجال الفقه الفرنسى (وعلى رأسهم الفقيه الكبير جينى Gény منذ أواخر القرن التاسع عشر (٢) .

(ا) ففى نظر الفقهاء الألمان لا يعد القياس أسلوبا من أساليب تفسير نصوص القانون ، انما هو يتجاوز ميدان التفسير فهو يعد أداة لسد نقص حقيقى فى التشريع . فالقياس عندهم يحتل مكانا وسطا بين أساليب تفسير القانون وبين طرق انشائه أى بين مصادره . أما القول بأن القياس انما يعمل فى الواقع على سد نقص فى نصوص التشريع فذلك لأننا فى حالة اعمال القياس — كما يقولون — انما نبحث عن « الارادة المفترضة » La volonte hypothétique للمشرع ، أى تلك الارادة التى كان يظن أو يفترض أن يبديها المشرع لو أنه تنبه الى تلك الحالات الجديدة التى أغفل المشرع النص عليها والتى تعد مماثلة لحالات سابقة سبق للمشرع أن أبدى

---

(١) راجع فى ذلك « القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشرعية » بحث للاستاذ الشيخ عمر عبد الله منشور فى مجلة الحقوق (التى تصدرها كلية الحقوق بالاسكندرية) عدد أكتوبر — ديسمبر سنة ١٩٤٨ ص ٦٦٥ حيث يقول : « نظر الجمهور من علماء الأصول الى أن استعمالات القياس تنبىء عن كونه فعل المجتهد » ثم يقول : وقال سعد الدين التفتازانى فى حاشيته على شرح المختصر : « اعلم أن القياس وأن كان من أدلة الأحكام مثل الكتاب والسنة لكن جميع تعريفاته واستعمالاته تنبىء عن كونه فعل المجتهد » .

وراجع ص ٦٦١ من البحث المشار اليه حيث يقول : « أن الرأى نظم تنظيما علمياً وسمى بالقياس بعد تكوين المذاهب الاسلامية ... ووضعت له قواعده وأصوله » ويلاحظ أن كلمة « الرأى » يقصد بها « الاجتهاد » .

(٢) يلاحظ أننا حين نتكلم هنا عن رجال الفقه فأنما نعنى رجال القانون المدنى .

بصددها أرادته أى سبق له أن نص عليها (ويلاحظ أن الحالة الجديدة التى أغفل المشرع النص عليها والتى نشير اليها هنا هى التى يطلق عليها المقيس) (١) .

(ب) أما فى نظر الفقه الفرنسى فقد كانت السيادة قديما فى هذا الفقه حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر لمدرسة التزام النص (أو مدرسة الشرح على المتون L'Ecole de L'exégèse (٢) .

---

(١) راجع فى بيان وجهة نظر الفقهاء الألمان مؤلف الفقيه الفرنسى الكبير جينى Gény وعنوانه « طريقة تفسير القانون الخاص الوضعى ومصادره » (جزءان) ج ١ ص ٣٠٩ ، ٣١٠
Methode d'interprétation et sources en droit prive positif. 2 me éd (1932)p.309,310

(٢) بصدد مدرسة « التزام النص » راجع كتاب « أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كيره (الطبعة الثانية ١٩٥٠ – ١٩٦٠) ص ٥١٦، ٥١٧ حيث يقول: « ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب التقنينات الفرنسية التى صدرت فى مفتتح القرن التاسع عشر اذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التى لم يكن للناس عهد بها ، وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى فى رد القانون الى ارادة الدولة ومشيئة المشرع فنادت الى القول بأنه لا يوجد شىء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنينات قد جمعت فأومت وتنبأت بكل ما قد يعرض فى المستقبل من فروض » ثم يقول : « ولم يكن بد – والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد ونصوصه فى مثل هذا المكان من التقديس – من أن يقوم تفسير القانون – فى منطق هذه المدرسة – على مجرد تفسير نصوص التشريع » ... « فالقواعد القانونية اذن هى مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا يتحتم – للوقوف على مضمون القواعد القانونية – الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية أن وجدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة » .

ويرى الأستاذ الشيخ شلبى (فى بحثه القيم : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٤٣ ١٤٤ المنشور بمجلة الحقوق بالعددين الأول والثانى لسنة ١٩٥٩ – ١٩٦٠) « أن مدارس التفسير المختلفة المعروفة لدى رجال القانون الوضعى كان لها ما يماثلها عند الفقهاء المسلمين ، بيد أن هذه كانت لها الأسبقية الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعا لأسبقية الاسلام على تلك القوانين فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين فى أواخر القرن الأول الهجرى وأوائل القرن الثامن الميلادى عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأى ... الخ » ثم يقول عن مدرسة التزام النص أنها « تشبه الى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معانى كثيرة بطريق القياس ولا يخرجون عن مقتضى النص حتى ولو تغيرت العلة التى من أجلها شرع الحكم ، أو كان النص وارداً لحالة خاصة ، فيجعلونه شرعاً عاماً أبدياً لازماً » .

ولقد كان يعد القياس فى نظر هذه المدرسة أسلوبا من أساليب تفسير نصوص التشريع ، وكان ذلك استناداً الى « افتراض » أن المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناء على « سبب قانونى» une raison juridique (أو كما نسميها عادة « حكمة التشريع ») فان المشرع « فيما يفترض » انما يقصد أن يقرر جميع النتائج المترتبة على وجود هذا السبب ذاته (أى تلك الحكمة ذاتها) فى حالات أخرى غير تلك الحالة التى نص عليها ، أى أنه يقصد اعمال القياس ، بعبارة أخرى : اننا فى حالة اعمال القياس انما نفسر ارادة المشرع ولو أنها ارداة مفترضة » (١) — ولقد تأثر بهذه المدرسة بعض رجال الفقه المصرى (كما سنبين فيما بعد) .

كانت لمدرسة التزام النص السيادة فى الفقه الفرنسى — كما قدمنا — حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر ، أى حتى أن ظهرت « المدرسة العلمية » L'école Scientifique وصاحبها الفقيه الكبير جينى ، وبظهور هذه المدرسة تم القضاء على مدرسة التزام النص ، وعقد لواء السيادة ولا يزال معقودا حتى اليوم فى فرنسا لهذه المدرسة العلمية ، كما تأثر بها بعض رجال الفقه المصرى ، وكذلك التقنين المدنى الجديد (كما سنبين فيما بعد) .

والواقع أن موضوع القياس لم ينل من عناية رجال الفقه الوضعى شيئاً مذكوراً اللهم الا من جانب تلك المدرسة العلمية (٢) .

وقبل أن نعرض لبيان موقف المدرسة العلمية (أو بعبارة أخرى موقف الأستاذ جينى) من القياس يجدر بنا أن نشير الى أن أهم ما يفرق بين هذه المدرسة وسابقتها (مدرسة التزام النص) أنها لا تدين بعبودية النصوص ، فلا ترى

---

(١) جينى Gèny المرجع السابق جـ ١ ص ٣٠٩

(٢) وفى ذلك يقول الأستاذ جينى (فى مؤلفه السابق جـ ١ ص ٣٠٨) عن الفقه الفرنسى الذى كان سائداً قبل ظهور مؤلفه (عام ١٨٩٩) والذى كان يدين — كما قدمنا — بمدرسة التزام النص ، يقول عن ذلك الفقه بأنه « لم يكن يعنى العناية الكافية بموضوع القياس، ومما يدل على ذلك فى الكثيرين من الفقهاء كانوا يخلطون بين القياس وبين « التفسير الواسع » .

(كما كانت ترى سابقتها) حصر القانون (droit) وتفسيره فى التشريع (La Loi) وانما هى ترى أن القانون قبل أن يأخذ « شكل » التشريع الصادر من الدولة هو أولا « جوهر » يتألف من حقائق أربع : واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية (١) .

---

(١) راجع بصدد بيان هذه الحقائق الأربع أى هذه العناصر الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية لدى المدرسة العلمية (أى لدى جينى) كتاب أصول القانون (المرجع السابق) للدكتور حسن كيره ص ١٧٢ — ١٨٣ . ونحن نورد تلخيصا لما كتبه (مترجما عن جينى) فيما يلى :

يرد جينى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية الى أربعة حقائق

(أولا) حقائق واقعية أو طبيعية données réelles ou naturelles . وهذه قد تكون مادية كظروف المناخ والتربه وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو المعتقدات الدينية وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية . على أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها تكون البيئة اللازمة لنشوئها ، وهذه الحقائق تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك تعد ذات صبغة علمية ، ولذلك فهى تعد شرطا جوهريا لانشاء القاعدة القانونية .

(ثانياً) حقائق تاريخية — وهى ثمرة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلما بها غير ذات صبغة مطلقة أو دائمة ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية كنظام الملكية الفردية الذى مازال أساسه العقلى محل خلاف كبير نجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه .

(ثالثاً) حقائق عقلية donneès rationnelles أن القواعد القانونية لا تستخلص فحسب من الحقائق الواقعية والتاريخية وانما تلتمس كذلك من أفق أعلى : حيث يعمل العقل على الملاءمة من بين تلك الحقائق وما يفرض من غاية القانون ، وأننا لنجد لثمرة عمل العقل (نعنى تلك الحقائق العقلية) النصيب الأكبر فى تكوين جوهر القاعدة القانونية ، وتنطوى الحقائق العقلية على المبادىء الضرورية لا الكمالية ، أى تلك المبادىء التى يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضها فرضا محتوما ، لذلك فهى تعد ذات صبغة عالمية خالدة ، فطبيعة الانسان — كما يفسرها العقل — تحتم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لأسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشىء عن الرضا والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، ورغبة فى رعاية الأبناء . ولكن الحقائق العقلية لا تجاوز مثل هذا القدر الضرورى المعتبر حداً أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجية ولا أبدية الزواج بتحريم الطلاق ولا غير ذلك مما يدخل فى نطاق المبادىء أو الحقائق المثالية .

(رابعاً) حقائق مثالية donneès idéales . بينما تعبر الحقائق العقلية عن قواعد « ضرورية » فأن هذه الحقائق المثالية انما تعبر عن تلك الأمانى أو النزعات التى تستهدف تحقيق بعض المبادىء « الكمالية » ، وهذه المبادىء انما يحددها مستوى المدنية والشعور العام فى الجماعة =

وعلى أساس هذا الفهم للقانون وهذه النظرة اليه قامت طريقة هذه المدرسة العلمية فى تفسير القانون ، فهى (خلافا لمدرسة التزام النص) لاتلتمس تفسيره فى تفسير نصوص التشريع وحده ، وانما تلتمسه كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى وفى مقدمتها العرف ، ثم ان هذه المدرسة انما تبحث فى تفسير نصوص التشريع عن « الارادة الحقيقية » للمشرع وقت وضع التشريع ، لا تلك « الارادة المفترضة » كما تسميها مدرسة التزام النص .

فاذا لم نجد فى التشريع ولا فى العرف ولا فى غيرهما من المصادر الرسمية الحكم أو الحل المطلوب فان المدرسة العلمية ترى فى هذه الحالة الالتجاء الى ما تسميه « البحث العلمى الحر » La libre recherche Scientifique .

أى الالتجاء أو الرجوع الى « جوهر » القانون بحقائقه الأربع السابق ذكرها لاستلهام الحكم أو الحل منها ، سداً لنقص المصادر الرسمية ، ففى هذه الحالة، يقوم المفسر أو القاضى فى الواقع بعمل المشرع . ولكن ثمة فارقا هاما بين عمل المشرع وعمل المفسر (أى الفقيه) أو القاضى فى هذه الحالة ، فالمشرع

= ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة وأبدية الزواج (كما يقول الأستاذ جينى) ، وليس لهذه الحقائق مالسابقتها (الحقائق العقلية) من صفات العالمية والثبات والخلود ، ولذلك فهى تختلف باختلاف الزمان والمكان . كما تختلف هذه الحقائق المثالية عن سابقتها فى أنها غير ذات صبغة علمية لأنها انما تصدر عن تلك القوى غير الواضحة التى يطلق عليها العاطفة أو الايمان وهى مع ذلك تقوم بدور هام لا يمكن اغفاله فى تكملة الحقائق العقلية ، اذ أنها تؤدى الى التخفيف مما قد يشوب النتائج التى يفرضها العقل من ابتعاد عن العدالة أو اقتراب من القسوة أحيانا . فثلايقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ من جانب من تسبب فى أحداث الضرر ، ولكن هذه الحقيقة العقلية قد تؤدى أحيانا الى نتائج ظالمة أو قاسية ، كما حدث بعد انتشار الصناعة اذ كثرت حوادث اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من عسير الأمور على العامل أن يثبت خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، الأمر الذى كان ينتهى بالعمال المصابين فى تلك الحوادث الى حرمانهم من التعويض . وهنا لعبت نزعة العصر المثالية دورها وذلك بتوزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية بضمان حصول العامل على تعويض عما أصابه دون حاجة الى اثبات خطأ من جانب رب العمل . ويرى الأستاذ جينى أن أهم تلك الحقائق الأربع هى تلك الحقائق العقلية فهى عنده الأساس والجوهر للقاعدة القانونية » .

حين يرجع لذلك الجوهر فانما يكون ذلك لكى يستلهم منه وضع تشريع أى وضع قواعد عامة مجردة تطبق على الجميع ، أما الفقيه أو القاضى فأنه حين يرجع لذلك الجوهر (أى تلك المادة التى يصنع منها التشريع) فأنه انما يفعل ذلك ليستلهم ابداء رأى فى مشكلة أو وضع حكم فى قضية لا يطبق الا بصدد موضوع النزاع وحده (١) .

المدرسة العلمية ونظرتها الى القياس — اذا كان القياس يعد فى نظر مدرسة التزام النص طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، وأنه انما يفسر « الارادة المفترضة » للمشرع ، فان المدرسة العلمية ترى أن اعمال القياس انما يخرج بنا عن ميدان تفسير نصوص القانون ، وذلك لأننا — كما يقول الأستاذ جينى — « نبتعد عن ميدان التفسير حين نبحث لا فيما أراده وقرره المشرع فعلا ، وانما فيما كان يريده وكان يقرره المشرع لو أنه كان تنبه الى هذا الموضوع الجديد (وهو المقيس) ، بعبارة أخرى : أننا نبتعد عن ميدان التفسير حين يتجه بحثنا الى اكتشاف الارادة المفترضة للمشرع ، فالبحث عن الارادة المفترضة للمشرع لايعد تفسيراً لارادته لأننا ننسب

---

(١) راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور حسن كيره ص ٥٢٥ — ٥٢٧ — و يرى الأستاذ الشيخ محمد شلبى (فى بحثه السابق ذكره ص ١٤٥ ، ١٤٦ أن طريقة هذه المدرسة العلمية « تشبه الطريقة التى سار عليها جمهور الفقهاء (فقهاء الشريعة الاسلامية) الذين يعملون بالمصلحة والاستحسان لأن العمل بهما عمل بروح التشريع لابتنائهما على قاعدتين من قواعده العامة هما جلب المصالح ، ورفع الحرج عن الناس ، وهى الطريقة المفضلة فى الفقه الاسلامى » . وأننا نرى أنه اذا صح القول بأن العمل بالمصلحة والاستحسان يعد فى الشريعة الاسلامية عملا « بروح التشريع » الا أنه يلاحظ أن السير على نهج مدرسة البحث العلمى أو بعبارة أخرى : استعمال أساليب « البحث العلمى الحر » لا يعد عملا بروح التشريع ، لأن العمل بروح التشريع يدخل بنا فى دائرة تفسير التشريع ، أما الالتجاء الى أساليب « البحث العلمى الحر » فأنه يعد خروجا عن دائرة التفسير ، اذ يعد « مكملا » (لا مفسراً) للتشريع ، أى أنه يعد — كما قدمنا — عملا من أعمال المشرع لأنه رجوع الى المصادر المادية أو الموضوعية التى يرجع اليها المشرع ذاته ، وهذه المصادر (الموضوعية) هى المقصود بعبارة « جوهر القانون » .

الى المشرع أنه قد أراد ولا نفسر ما أراد . أن تفسير التشريع (كما يقول جينى) انما هو عبارة عن البحث عن مضمون ارادة المشرع عن طريق عبارة نص التشريع ولاشأن له بما كان يصح أن تتجه اليه نية المشرع أو ارادته، واذا كان جينى (صاحب المدرسة العلمية) يرى أن القياس لا يصح أن يعد وسيلة من وسائل التفسير فهو يرى أنه وسيلة من وسائل ما يسميه «البحث العلمى الحر» أى الرجوع الى «جوهر» القانون ، أو بعبارة أخرى أن القياس يعمل على «تكملة» التشريع (لاتفسيره) وذلك بما تتطلبه مقتضيات العدالة والصالح العام ، فى غير منافاة أو مجافاة للتشريع القائم ، ويرى جينى أن فكرة المساواة القانونية هى التى تبرر مشروعية القياس [1] .

مما تقدم يرى أن المدرسة العلمية (وهى السائدة الآن فى فرنسا) قد تأثرت بصورة بينة بالفقه الألمانى الذى لا يرى فى القياس أسلوبا من أساليب التفسير للقانون ولا مصدراً من مصادره ، وانما يرى فيه شيئاً يحتل مكانا وسطاً بين الاثنين . — أما وقد انتهينا من الكلام عن الفقه الفرنسى ونظرته الى القياس فأننا ننتقل الى الكلام عن الفقه المصرى .

---

(١) راجع فيما تقدم جينى Gény (المرجع السابق) جـ ١ ص ٢٦٥ ، ٢٦٧ ، ٣٠١ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣

وجدير بالذكر أن الأستاذ جينى ينبذ الرأى القائل بأن القياس انما يقوم فحسب على أساس ارادة المشرع أو أنه (القياس) يستمد قوته فحسب من ارادة المشرع ، وذلك لأن جينى لا يأخذ — كما قدمنا — بمدرسة التزام النص ، انما هو (جينى) يرى أن القياس انما يستمد قوته من غريزة فى أعماق طبيعة النفس البشرية ، ذلك أننا (كما يقول) نحس فى أعماقنا بالحاجة الى المساواة القانونية ، وهى تقتضى بأن المسائل المماثلة يجب أن تكون لها قواعد قانونية مماثلة . وذلك ما لم يكن ثمة أسباب خاصة تحول دون إعمال القياس — ثم يتساءل جينى : مم يتكون ذلك التماثل أو التشابه الأساسى ؟ ثم يجيب على ذلك بأن هذا التشابه يجب البحث عنه فى البواعث أو الأسباب التى دعت الى وضع القواعد القانونية الخاصة بالنموذج (أى المقيس عليه) ، الخلاصة أن فكرة المساواة القانونية — فيما يرى جينى — هى التى تبرر مشروعية القياس .

راجع فيما تقدم : جينى (المرجع السابق) جـ ٢ ص ١١٩ ، ١٢٠

(ج) الفقه المصرى (١) — لم ينل موضوع القياس من عناية رجال الفقه المصرى الا قدراً قليلا (٢) ، ولعل ذلك هو السر فى كثرة ما كان بينهم من خلاف حيث لم يكن ثمة مجال للخلاف ، أو للتردد فى إبداء الرأى حيث لم يكن ثمة موضع للتردد .

١ — فنجد بعضهم قد تأثروا فى هذا المقام بمدرسة التزام النص التى كانت سائدة فى فرنسا فى القرن الماضى ، ففى نظر هذا البعض يعد القياس طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، فالتفسير — كما يقولون — انما يقصد به تحديد معنى القانون من خلال نصوصه ، والمعنى الذى يريده المشرع من نص معين يستفاد أما من عبارة النص أى من الفاظه ، واما من روحه وفحواه . ويتحدد روح النص أو فحواه عن طريقتين :

(الأولى) باشارة النص .

(الثانية) بدلالة النص أو مفهومه .

ودلالة النص أو مفهومه نوعان : مفهوم الموافقة (أو القياس) ، عكسه مفهوم المخالفة — فالقياس يعد اذاً فى نظر هذا البعض أسلوبا من أساليب تفسير نص القانون عن طريق استنباط روح النص أو فحواه (٣)

---

(١) مما تجدر ملاحظته أننا حين نتكلم فى هذا المبحث عن رجال الفقه المصرى (أو الفرنسى أو غيرهم) فأنما نعنى فى الواقع فقهاء القانون المدنى ، فالواقع أن فقهاء القانون العام (وفى مقدمتهم فقهاء القانون الدستورى) لم يعنوا أية عناية بموضوع القياس ، اذ أننا لا نجدهم — فى أى بلد من البلاد — يعيرون عناية ما ، بل ولا التفاتا ما ، موضوع مصادر القانون ولا موضوع أساليب تفسير القانون .

(٢) كان أكثر من عنى بموضوع القياس من فقهاء القانون المدنى فى مصر هو الأستاذ الدكتور سليمان مرقس فى مؤلفه القيم : «المدخل للعلوم القانونية» (الطبعة الثانية ١٩٥٢) ص ١٨٤، ١٨٥، ٢٠٣ — ٢١٢ ، ٢٦٥

(٣) راجع فيما تقدم « نظرية القانون » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٧٥ ، ص ٢٧٨ — ٢٨٢ للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، وراجع أيضاً فى هذا المعنى « المدخل للعلوم القانونية » (طبعة ١٩٦٠ ص ٢٤) للاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى . ويستند هذا الرأى الى المادة الأولى من القانون المدنى المصرى التى تقرر بأن النصوص التشريعية تسرى فى لفظها أو « فى فحواها »

٢ — ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تأثر بالمدرسة العلمية فى فرنسا أى بصاحبها الفقيه الكبير جينى ، فهذا البعض يرى أن المشرع المصرى (كما يتبين من المادة الأولى مدنى) لم يأخذ بفقه مدرسة التزام النص التى تحصر القانون فى مصدر واحد هو التشريع ، وانما نجد المشرع يحيل القاضى أولا الى التشريع ، فاذا لم يوجد نص تشريعى كان على القاضى أن يرجع الى العرف فان لم يوجد كان عليه أن يحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد حكم بمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذا يعنى أن على القاضى أن يرجع الى جوهر القانون فهذا هو فى الواقع المقصود باصطلاح « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وبذلك فأن المشرع المصرى انما يأخذ بفقه المدرسة العلمية . ويترتب على ذلك — فيما يبدو — أن هذا البعض يرى أن القياس لا يعد مصدراً ولا طريقه من طرق التفسير وانما يعد وسيلة من وسائل « البحث العلمى الحر » (١) .

٣ — ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تجاذبته نزعة التردد بين اعتبار القياس طريقة من طرق تفسير النص عن طريق استنباط روح النص أو فحواه ، وبين اعتباره مصدراً من مصادر القانون المصرى . ومن ذلك يرى أن هذا البعض قد وقع تحت سلطان تأثير فقهين متعارضين : تأثر (أولا) بفقه مدرسة التزام النص (المعروفة فى الفقه الفرنسى) وهى التى تعد القياس طريقة من طرق التفسير ، ثم تأثر (ثانياً) بفقه علماء الشريعة الاسلامية

---

(١) راجع فى ذلك « أصول القانون » ص ٥٢٧ — ٥٢٩ للاستاذ الدكتور كيره .

وراجع أيضاً فى هذا المعنى رسالة الدكتور جلال على العدوى (المدرس بالكلية) وعنوانها : « الاجبار القانونى على المعاوضة » (سنة ١٩٦٠) ص ٢٣٧ ، ٢٤١ حيث يقول أن المشرع المصرى وقد أحال الى مبادىء القانون الطبيعى فانما يعد ذلك منه اعتناقا لمذهب البحث العلمى الحر « لأن مبادىء القانون الطبيعى ما هى الا موجبات عامة للعدل تقتضى الا حالة اليها الرجوع الى الحقائق الواقعية لتحديدها » ولكننا نلاحظ أن الدكتور العدوى سبق له (ص ٢٣٨) أن ذكر بأنه يرى أن القياس يعد « من بين المصادر الاحتياطية للقانون المصرى » . ونحن نعلم — مما قدمنا — أن مذهب البحث العلمى الحر لايعد القياس بين مصادر القانون — ولاندرى كيف يمكن تفسير ما يبدو من تعارض بين هذين الرأيين ؟!

فى العصر الحديث وهم الذين يعدون القياس فى عداد « أدلة الأحكام الشرعية » ويعدون فى الوقت ذاته اصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية » مرادفا لاصطلاح « مصادر » الأحكام الشرعية أو مصادر الشريعة الاسلامية (١) .

على أننا نلاحظ أن هذا التعارض الظاهر بين هذين الفقهين ، أو بعبارة أخرى أن هذا التردد بين الاثنين ، يفسرونه ويبررونه بقولهم أن القياس نوعان : قياس جلى وقياس خفى ، وأن القياس الذى يعد طريقة من طرق تفسير النص انما هو القياس الجلى ، أما القياس الذى يعد مصدراً من مصادر القانون فهو القياس الخفى ، وهذا النوع الثانى من أنواع القياس (أى « الخفى ») هو المقصود بكلمة « القياس » عند اطلاقها (٢) .

كلمة نقد — ذلك فى الواقع تفسير لاسبيل الى تبريره ، وتبرير لاسبيل الى تفسيره . فهذه التفرقة بين القياس « الجلى » والقياس « الخفى» هى تفرقة غير معروفة لا فى التشريع ولا فى الفقه المصرى أو الفرنسى أو غيره اللهم الا لدى علماء الشريعة الاسلامية . وليس ثمة سند من القانون ولاسبب معقول يدعو للزج بهذه التفرقة — التى يشوبها غير القليل من الغموض — فى الفقه المصرى ، ولن يكون من وراء اقحامها فى موضوع القياس فى فقهنا المصرى الا زيادة هذا الموضوع تعقيداً ، وزيادته من الغموض مزيداً بحيث يلحق ما فيه من واضح أو « جلى» بما فيه من غامض أو « خفى » ! ! .

---

(١) أنظر مثلا « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) للاستاذ الدكتور سليمان مرقس حيث نجده تحت عنوان « التفسير القضائى والتفسير الفقهى » يقول ص ١٨٤ : « المراد بالمعنى الذى يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفهم من روحه ومعقوله . ويمكن الاستدلال على هذا المعنى من طريق مفهوم الموافقة أو من طريق مفهوم المخالفة » . و الاستدلال من طريق مفهوم الموافقة هو — كما هو معلوم — القياس .

ثم نجده ص ٢٠٧ يضع للنبذه ١٣٩ مكرر عنوانا هو « اعتبار القياس والمبادىء العامة للقانون الوضعى المصرى مصدرين رسميين متميزين عن التشريع » وفى ص ٢١٢ يقول : « وبناء على ذلك يكون ترتيب المصادر الرسمية فى القانون المصرى على الوجه الآتى : أولا — التشريع أو الدين بحسب الأحوال ، ثم العرف ثم القياس ...الخ » — وراجع كذلك ص ٢٦٥ حيث يذكر القياس بين مصادر القانون .

(٢) راجع « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) ص ٢٠٧

١ — وحسبنا هنا أن نشير الى أن علماء الشريعة أنفسهم لا يعرضون بتاتا الى هذه التفرقة بين القياس الجلى والقياس الخفى بصدد الكلام عن موضوع القياس ، وانما نجدهم يعرضون لها بصدد الكلام عن موضوع الاستحسان (١) . ولذلك نجد بعضا من أهم كتب علماء الأصول قد خلت من أية اشارة الى تلك التفرقة لأنها لم تعرض للكلام عن «الاستحسان» ورغم أنها عرضت باسهاب لموضوع القياس (٢) .

٢ — وفضلا عما تقدم فانه يبدو لنا أن الذى يبرر الاشارة بل الاثارة لتلك التفرقة لدى علماء الشريعة أنهم يعدون من أركان القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى « العلة » لا فى « الحكمة » (أى حكمة التشريع) ، والعلة — كما قدمنا — هى مظنة الحكمة ، وقد تتوفر العلة أحيانا دون توفر الحكمة (٣) .

وقد ترتب على ذلك — فيما يبدو لنا — أنه نظراً لأن الأخذ بالقياس (وهو يستند الى الاشتراك فى العلة كما قدمنا) قد يؤدى أحيانا الى عدم الاشتراك فى الحكمة (أو «المصلحة») لذلك فقد رأى علماء الشريعة بحق أن يعدلوا عن الأخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة الى قياس يقوم على اتحاد الحكمة (أو « المصلحة ») بين المقيس والمقيس عليه . وهذا القياس الأخير (أى القائم على اتحاد الحكمة) هو الذى أطلقوا عليه « القياس الخفى » . « والدليل الشرعى » (أو « المصدر » فى تعبير البعض) فى هذه الحالة ليس

---

(١) راجع كلامنا عن الاستحسان والتفرقة بين القياس الجلى والقياس الخفى ص ٩١ ، ٩٢

(٢) راجع مثلا كتاب « المستصفى من علم الأصول » للامام أبى حامد الغزالى (المرجع السابق ذكره) الجزء الثانى حيث تكلم عن القياس فى نحو ٥٠ صفحة (من ص ٥٤—١٠١) وذلك دون أن يشير الى تلك التفرقة أية اشارة ولو فى وجيز من العبارة .

(٣) راجع ما سبق لنا أن ذكرناه عن التفرقة بين العلة والحكمة ، وعن امكان توفر العلة دون توفر الحكمة ص ٧٦ من بحثنا هذا حيث ذكرنا من أمثلة ذلك : اباحة الفطر لمن كان مسافراً ، فأن « العلة » هى السفر أما « الحكمة » فهى رفع الحرج والمشقة ، وقد لا يتحقق الحرج والمشقة أحيانا اذا كان المسافر قد توفرت له أسباب الراحة ، ومع ذلك يصح له أن يفطر لتوفر العلة وهى السفر

هو « القياس الخفى » فى نظر علماء الشريعة، انما يطلقون عليه «الاستحسان» الخلاصة: أن استنباط فكرة القياس الخفى أو فكرة الاستحسان هنا انما كانت فى الواقع بمثابة وسيلة للخروج من ربقة قياس لا تتحقق به المصلحة أحيانا (١).

أما القياس فى الفقه المصرى أو الفرنسى (أو فى فقه أى بلد من البلاد اللهم الا لدى علماء الشريعة) فانه يقوم على الاشتراك فى الحكمة (أو كما نسميها عادة « حكمة التشريع ») (٢).

٣ — أما وقد بينا أن التفرقة فى الشريعة الاسلامية بين « القياس الخفى » والقياس « الجلى » انما كان مردها الى أنهم جعلوا مدار القياس هو اتحاد العلة لا اتحاد الحكمة (أو المصلحة) بين المقيس والمقيس عليه، فقد بقى علينا أن نبين أنه ليس ثمة ما يدعو فقهنا المصرى الى نبذ « الحكمة » والأخذ « بالعلة » أسوة بعلماء الشريعة فى هذا المقام.

---

(١) راجع «الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية» للأستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص١٥١) «أن الفقهاء الذين اعتدلوا فى العمل بالقياس لم يلتزموا سننه فى كل جزئياته، بل ساروا معه ما استقامت لهم الأمور، فاذا التوى بهم أو بان منه العنت والحرج تركوه وبحثوا عن طريق آخر ليخرج الناس من الحرج والضيق الى السعة واليسر، وهذا الطريق الآخر هو المعبر عنه عندهم بالاستحسان» وتتبين وجهة نظرنا هذه بجلاء اذا رجعنا الى الأمثلة التى يقدمها علماء الشريعة للقياس الخفى. وحسبنا هنا أن نشير الى المثال الأول الذى سبق لنا أن ذكرناه (بصدد الكلام من « أنواع الاستحسان » صفحة٩١، ٩٢) من أن علماء الحنفية يدخلون حق المسيل وحق الشرب وحق المرور فى الموقوف تبعا، دون حاجة للنص على تلك الحقوق فى الوقف، قياسا على الاجارة، (وهذا قياس خفى)، وذلك لأن الهدف من الوقف — شأنه شأن الهدف من الاجارة — هو الانتفاع بالأرض الزراعية بالنسبة للموقوف عليهم أو المستأجرين، وهذا الانتفاع لا يمكن أن يتحقق الا بادخال حقوق المسيل والشرب والمرور فى الموقوف عليهم، وهذه كانت هى الحكمة أو المصلحة التى دعت المشرع الى النص على ادخال هذه الحقوق فى عقد الاجارة دون النص عليها.

ومما تجدر هنا الاشارة اليه أن القياس الخفى انما سمى كذلك لأنه خفيت علته، أما القياس الجلى فهو ماظهرت علته — راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٣٠٠.

(٢) أو كما يسميها الفقهاء الفرنسيون : raison juridique (أنظر جينى) المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٧، ٣٠٩.

وبيانا لذلك حسبنا أن نبين أن السبب الذى دعا علماء الشريعة (أو بعبارة أصح علماء الأصول) الى الأخذ بالعلة دون الحكمة تتلخص فى قولهم أن الحكمة (أو « المصلحة ») التى تؤدى بالمشرع الى وضع تشريعاته قد تكون أحيانا « أمراً خفياً» غير ظاهر بحيث لا يمكن التحقق من وجوده أو عدم وجوده ، وأنه بناء على ذلك لا يمكن بناء الأحكام الشرعية على ذلك الأمر الخفى وربطها به وجوداً وعدما ، لذلك فأن الضرورة تدعونا — كما يقولون — الى اعتبار شيء آخر يكون وجوده مظنة لوجود تلك الحكمة (أو « المصلحة ») وجعله هو العلة دونها ، وذلك لظهوره وانضباطه تيسيراً على الناس وضبطا للاحكام الشرعية ما استطعنا الى ذلك سبيلا (١) .

أن هذا السبب الذى دعاهم الى الأخذ بالعلة دون الحكمة هو — فيما نرى — على ضعف بين :

(فأولا) لأن « العلة » طبقاً لتعريفهم لها هى « مظنة » الحكمة ، أى أنها ليست شاهدا يقينيا على وجود الحكمة (أو المصلحة) ، ولذلك فهم لا ينكرون أن العلة قد تتوفر دون أن توجد الحكمة (أو المصلحة) أحيانا — ولكن الاحكام الشرعية انما يجب أن تبنى على المصلحة (أى تلك الحكمة) فالصحابة — كما يقول امام الحرمين (فى غير موضع من كتابه « البرهان») انما كانوا يعللون الأحكام الشرعية بالمصلحة (٢). — والامام الغزالى نجده

---

(١) راجع « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى» للأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق) ص ٦٨ — ٧٠ ، و« صفوة الكلام فى أصول الأحكام » للأستاذ الشيخ مصطفى خفاجى رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالاسكندرية (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ ص ١٧١)

ويذكرون لذلك مثالا يتعلق بالشفعة ، فيقولون أن الجوار هو « علة » لاستحقاق الأخذ بالشفعة ، ولكن « الحكمة » هى دفع أذى الجار الجديد — فهذه الحكمة — كما يقولون — هى أمر تقديرى غير منضبط ، فاعتبر الجوار مناط الحكم ، لأن الجوار أمر ظاهر منضبط وفى جعله مناطا للحكم الشرعى مظنة تحقيق حكمته — « فحكمة » استحقاق الشفعة هى دفع الضرر ، أما « العلة » فهى الجوار .

(٢) راجع فى ذلك بحث الأستاذ الشيخ شلبى : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية (ص١٤٩) ولقد كان عمر بن الخطاب — كما قدمنا — يعلل بالمصلحة (راجع بحثنا هذا ص٩٨) .

يقرر أن المصلحة هى التى توجب الحكم الشرعى ، ولكن لما كانت سراً قد لا يطلع عليه عُلِلّ بالوصف الذى هو مظنّتها (أى بالعلة) (١).

ومن ذلك يرى أن بعض علماء الشريعة يرون – كما كان يرى الصحابة – أن تكون المصلحة (أو الحكمة) لا « العلة » هى أساس بناء الأحكام الشرعية (٢).

(ثانياً) آن قولهم أن « الحكمة » قد تكون « أمراً خفياً » ، هو قول لا يصلح – فيما نرى – أن يبرر العدول عنها ، والأخذ « بالعلة » دونها ، لأنها اذا كانت أحيانا أمراً خفياً ، فهى غير عصية على الاثبات ، ومع ذلك فأن هناك بعض حالات قد تكون فيها « العلة » أمراً خفيا كذلك ، ففى الحديث المعروف : « لا يقضى القاضى وهو غضبان » الغضب – كما يقولون – هو « علة النهى عن القضاء » (٣). ، ومع ذلك فان الغضب هو من الحالات النفسية التى يمكن أحيانا اخفاؤها ويستعصى اثباتها . بل ان العلة قد تكون خفية ، بينما نجد الحكمة غير خفية ، كما هو الشأن فى حالات القياس الخفى ، فهو يعرّف – كما قدمنا – بأنه « هو ما خفيت علته » ، بينما ظهرت حكمته . بل أننا لنجد أحيانا فى القياس الجلى ذاته أن العلة قد تخفى اللهم الا على من لا تخفى عليه خافية ، فمثلا نجد « الاسكار » الذى يعدونه « العلة » فى تحريم النبيذ قياسا على الخمر الذى نص على تحريمه ، نقول أننا نجد الاسكار ليس دائما لدى الشارب أمراً ظاهراً .

---

(١) « المستصفى فى علم الأصول » للامام أبى حامد الغزالى (المرجع السابق) جـ ٢ ص ٣١٠

(٢) وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلبى (فى بحثه المشار اليه ص ١٥٠) « أن أساس التعليل بناء الحكم على المصلحة ، ولو وقف الفقهاء بالقياس فى حدود هذه الدائرة : دائرة المصلحة لما شذ قياس عن تحقيق المصلحة للناس ، ولكن المتأخرين منهم (يقصد علماء الأصول) أغفلوا هذا الأصل وساروا بالقياس وراء مجرد الشبه فحرموا الكثير مما تدعو حاجة الناس اليه...الخ » .

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٨٧

(ثالثاً) أن العلماء اختلفوا اختلافاً كبيراً فى تعريف العلة (١) ، كما اختلفوا فى استنباط علل الأحكام الشرعية المنصوص عليها ، فاختلفت تبعا لذلك أقيستهم وأحكامهم (٢) .

(رابعاً) أن بعض العلماء يمزجون بين العلة والحكمة فلا يكادون يفرقون أو يميزون بينهما ، فعلماء الحنفية يعرفون العلة بأنها « الأمر الباعث لشرع الحكمة أى أنها الأمر المشتمل على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم (٣) الخ.. » ، كما نجد الكمال بن الهمام (فى مؤلفه : التحرير بشرح التيسير) يصرح فى غير موضع « بأن العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المسمى حكمة ، وأن الوصف الظاهر هو مظنة العلة لا نفس العلة ، ولكنهم اصطلحوا على اطلاق العلة عليه (٤) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن الأصوليين « صرحوا بأن العلة على الحقيقة هى المصلحة ، والوصف الظاهر ضابط لها فقط » (٥) .

خاتمة — لذلك كله فقد أصبح من الجلى عدم الأخذ لدينا بهذا القياس الخفى ، ومن ثم فلا تجوز محاولة اعتباره — كما يرى بعض رجال الفقه المدنى

---

(١) سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٧٧

(٢) صفوة الكلام فى أصول الأحكام (المرجع السابق ذكره) ص ١٧٨

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٧٦ وراجع الهامش رقم ١ من الصفحة المذكورة حيث يقول ما نصه : «ومذهب الحنفية والآمدى وابن الحاجب أن العلة هى : الأمر الباعث للشارع على شرع الحكم » . ويبدو لنا أن هذا يصلح تعريفا أيضاً للحكمة ..

(٤) «الفقه الاسلامى بين الواقعية والمثالية» (البحث السابق ذكره) صفحة ١٥٠ للأستاذ الشيخ شلبى حيث يقول أيضاً «وقد عرف الأصوليون الوصف المناسب الذى يصح التعليل به بأنه الوصف الذى لو شرع الحكم معه يكون فى تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج » ، ثم يقول : «ومن ذلك نعرف أن أساس التعليل بناء الحكم على المصلحة» (أى الحكمة) — ويجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار الى أن العلة تعرف أحيانا بأنها « الوصف الظاهر المناسب » أى المناسب للحكم الشرعى ، أى أن العقل يدرك ملاءمة ربط الحكم الشرعى بذلك الوصف (وهو العلة) ، وأن ربط الحكم به يغلب معه تحقيق المصلحة المقصودة (أو الحكمة) التى من أجلها شرع الحكم — راجع فى ذلك . سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٨٣

(٥) «الفقه الاسلامى بين الواقعية والمثالية» (البحث السابق ذكره) ص ١٤٩

لدينا — أنه هو المقصود بكلمة القياس عند اطلاقها ، إن هذه المحاولة لانجد لها ما يبررها كما أننا لا نجد لها مثيلا حتى لدى علماء الشريعة الاسلامية أنفسهم ، فهم — كما قدمنا — لا يشيرون الى القياس الخفى الا بصدد الكلام عن الاستحسان لا عن القياس ، فهم لا يذكرونه (القياس الخفى) على اعتباره نوعا من أنواع القياس ، بل باعتباره نوعا من أنواع الاستحسان ، وهم لا يلجئون اليه (باعتباره نوعا من الاستحسان) الاحين يؤدى القياس (الجلى) — كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف — الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة(١).

المطلب الثانى : لامكان للقياس فى ميدان القانون الدستورى (الوضعى) ، أو ميدان الأحكام الدستورية فى الشريعة فى هذا العصر

أيا كانت الصفة التى يوصف بها القياس ، أى سواء عددناه مصدراً من مصادر القانون أم وسيلة من وسائل التفسير أم أسلوبا من أساليب « البحث العلمى الحر » أم عددناه شيئاً آخر غير هذا أم ذاك فان القياس أيا كانت صفته لا مكان له الآن فى ميدان القانون الدستورى (الوضعى) أو ميدان الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية .

١ — فى القانون الدستورى (الوضعى)

مصادر القانون الدستورى — كما اتفق عليها فقهاء هذا القانون — تتلخص فى مصدرين : التشريع ، والعرف الدستورى . وإذا كان لامكان

(١) راجع كتاب « الاجتهاد بالرأى — القياس — الاستحسان — الاستصلاح — الاستصحاب » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف (الطبعة الأولى ١٣٦٩هـ — ١٩٥٠ ميلادية صفحة ٧٧) حيث يقول : « من المقارنة بين القياس والاستحسان يتبين أن موضع القياس واقعة لا نص ولا اجماع على حكمها ويراد الحكم فيها بما حكم به النص فى واقعة تساويها فى علة الحكم ، وأما الاستحسان فوضعه واقعة دل على حكمها نص أو قياس ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدى الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، ويراد العدول عن موجب عموم النص أو القياس فى هذه الواقعة بناء على الدليل الذى يقضى بهذا العدول » — نكرر هنا ما سبق لنا التنبيه اليه من أن كلمة « القياس » حين تذكر دون وصف آخر فانما يقصد بها « القياس الجلى » ، وأن هذا القياس حين يعدلون عنه — للأخذ بالاستحسان — فانما يكون ذلك للأخذ « بالقياس الخفى » — راجع ما سبق لنا أن كتبناه عن القياس الجلى ، والقياس الخفى بصدد الكلام عن أنواع الاستحسان (صفحة ٩١—٩٣)

للقياس بين مصادر القانون الدستورى ، فلا مكان له كذلك فى ميدان هذا القانون بأية صورة أو صفة من الصور أو الصفات . فلم يعرف حتى اليوم أحد من رجال الفقه الدستورى المصرى أو الفرنسى أو غيره فى أى بلد من البلاد ذكر القياس على اعتباره مصدراً أو وسيلة من وسائل التفسير أو أسلوبا مما يطلقون عليه «أساليب البحث العلمى الحر» الخ ، فالتشريع الدستورى عالمٌ يتكون من اختصاصات تقررت لبعض السلطات أو الهيئات ، ومن حقوق أساسية أو حريات تقررت للافراد ، وقد تقررت جميعا بناء على نص تشريعى أو عرف دستورى ، ولا مكان هناك لغير هذين المصدرين ، ولامجال هناك لاستنباط اختصاص لاحدى السلطات أو الهيئات أو استنباط حرية من الحريات قياساً على ما قرره التشريع أو العرف من اختصاصات وحريات .

ولا أدل على صحة هذا الرأى الذى نقول به من أننا اذا رجعنا الى الحالات التى أعمل فيها القياس فى الشئون الدستورية فى التاريخ الاسلامى فاننا نجدها جميعاً مما يستحيل الأخذ به فى ميدان القانون الدستورى فى هذا العصر (كما سنبين ذلك تفصيلا فيما بعد) .

٢ — فى الشريعة الاسلامية

أن الحكم الشرعى الذى يصح أن يقاس عليه (المقيس عليه أو الأصل) أما أن يكون ثابتا بنص فى القرآن أو السنة ، أو أن يكون ثابتاً بالاجماع .

(أولا) أما الحكم الثابت بالاجماع فقد اختلف العلماء — كما قدمنا — فى جواز القياس عليه (١) . ومع ذلك فقد سبق لنا أن بينا أنه لا مكان للاجماع بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية فى العصر الحديث (٢) . ذلك مما يترتب عليه بداهة أنه لامكان للقياس على الاجماع فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية .

---

(١) راجع ص ٧٤

(٢) راجع ص ١٧٠ وما بعدها .

(ثانياً) وكذلك الشأن بصدد سنن الأحكام الدستورية المستقلة (١)، وهى — كما قدمنا — تصدر فى الجزئيات ، ثم هى — كما بينا — لا تعد تشريعا عاماً ، أى أنها لا تعد ملزمة لنا فى عصرنا ، وبالتالى فلا مكان لها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية فى هذا العصر . ذلك مما يترتب عليه بداهة أنه لا يجوز القياس عليها ، فمن الأمور البدهية أنه اذا كان المقيس عليه (الأصل) غير ملزم لنا فى عصرنا فلن يقبل أو يعقل الادعاء بأن المقيس (الفرع) يكون ملزما .

واذا نظرنا إلى المسألة من الناحية العقلية فاننا نجد علماء الشريعة يقررون أن أساس القياس — من الناحية العقلية — يتلخص فى أن من الأمور البدهية « اثبات حكم المثل لمثله والمساوى لمساويه» على حد تعبير الامام ابن حزم (٢) ، أو أنه « حيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وأن القياس ما هو الا السير على هذا السنن الالهى ، وأن ما جرى على النظير يجرى على نظيره» على حد تعبير الأستاذ الشيخ خلاف (٣) .

إذا تقرر ذلك فكيف يجوز لنا عقلا — فى عصرنا هذا — أن نجرى القياس على حكم دستورى صدر فى بعض الجزئيات ، بعد أن تقضّت — كما قضّت — عليه العصور ، وأكلت كما شربت عليه الدهور ؟! كيف يجوز عقلا الادعاء بأننا فى هذه الحالة نعمل على « اثبات حكم المثل لمثله والمساوى لمساويه » وأن «ما جرى على النظير يجرى على نظيره» ونحن بصدد أحكام دستورية وهى أحكام فى غالبيتها ذات صبغة سياسية لأنها تتصل بالنظام السياسى والبيئة الفكرية السياسية . ومن البين الذى لا يحتاج الى بيان مبلغ الفارق الهائل الذى يفرق بين زماننا وذلك الزمان، اذا نحن نظرنا الى تلك البيئة

---

(١) راجع ص ١٥٢ — ١٦١

(٢) « ابن حزم » المرجع السابق ذكره(ص ٢٦١) للأستاذ الشيخ محمد أبو زهره .

(٣) أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى (المرجع السابق) ص ٥٨ ، ٥٩ للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف

وذلك النظام السياسى فى الحالين أى فى الزمانين، بحيث لا يكون ثمة موضع للكلام عن « المثل » و« المساوى » و « النظير » فى أحد هذين الزمانين ، وعن « مثله » و « مساويه » و « نظيره » فى الزمان الآخر .

(ثالثاً) أما عن سنن الأحكام الدستورية الأخلاقية (وهى — كما قدمنا — غير مستقلة) (١) ، وكذلك الأحكام الشرعية الدستورية الثابته بنص فى القرآن ، فان هذه الأحكام الشرعية جميعاً انما جاءت — كما بينا — لا بنصوص تنظم جزئيات لنظام معين من الأنظمة ، انما جاءت بنصوص تقرر مبادىء عامة كمبدأ الشورى أو مبدأ المساواة مثلا ، وذلك دون أن تعرض لتنظيم جزئيات أو تفصيلات ذلك المبدأ .

وإعمال القياس — فيما نرى — أمر لامكان له بصدد المبادىء العامة ، فكيف يمكن مثلا اجراء القياس على مبدأ عام كمبدأ الشورى ؟ انه لا يمكن أن يقاس عليه الا مبدأ عام آخر يشترك معه فى العلة ، فماذا يكون ذلك المبدأ الآخر ؟ أنه من البين أننا اذا كنا نستطيع أن نستنبط نتائج تترتب منطقياً على الأخذ بهذا المبدأ أو غيره ، الا أن استنباط مبدأ عام — فيما نعتقد — قياساً على مبدأ عام آخر نص عليه ، هو أمر غير معروف لا فى ميدان الشريعة الاسلامية ولا فى ميدان القوانين الوضعية . .

أما علماء الشريعة فهم لم يعرضوا — فى بحوثهم — لهذه المسألة أو لهذه الحقيقة التى نبرزها ، على أن الأمثلة التى أشاروا اليها للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية تتصل جميعاً بأمور جزئية لا بمبادىء عامة (كما سنبين ذلك فيما بعد) .

وأما عن فقهاء القوانين الوضعية — فأننا اذا رجعنا الى فقهاء القانون المدنى — وهم الذين عنوا ببحث موضوع « مصادر القانون » ومنهم من عنى

---

(١) ص ١٦٤، ١٦٥

عناية خاصة ببحث موضوع القياس ، فأننا نجد رجال الفقه الفرنسي يعدون من ضروب القياس حالات لا يكون المقيس عليه (الأصل) فيها نصاً معيناً من النصوص (كما هو الشأن عادة فى القياس) ، وانما يكون فيها المقيس عليه « نظاما » كاملا من الأنظمة أو « موضوعا » شاملا من المواضيع نص القانون تفصيلا على الأحكام الخاصة بجزئياته فى مواد عدة ، بينما يكون المقيس (الفرع) موضوعا أو نظاما آخر لم ينص القانون على أحكامه ولكن ثمة وجوه من الشبه بين الموضوعين أو النظامين، ومن أمثلة ذلك : تطبيق أحكام العقود المسماه (التى نص عليها القانون المدنى الفرنسى) على العقود غير المسماة (التى لم ينص على أحكامها) ، وذلك متى كانت تقترب منها فى الجوهر . ومثل تطبيق أحكام الوصاية على الأولاد الشرعيين (التى نص عليها القانون) على الأولاد الطبيعيين أى غير الشرعيين (التى لم ينص عليها) وذلك مع بعض الاختلافات التى تقتضيها الحال (١) .

كما يعدون من أنواع القياس استنباط نظرية عامة أو مبدأ عاما من نصوص متعلقة بجزئيات متفرقة خاصة بموضوع معين . ذلك كان شأن مبدأ الاثراء بلا سبب ، وشأن نظرية حق الحبس droit de rétention فى الفقه المدنى الفرنسى (٢) .

---

(١) جينى (المرجع السابق) جـ ١ ص ٣٠٥ – ٣٠٧ – ويلاحظ أن هذا النوع من القياس يطلقون عليه Analogie de droit أو Analogia Juris بخلاف القياس الآخر أى العادى وهو الذى يكون فيه المقيس عليه نصاً من نصوص القانون فانه يطلق عليه Analogie de la loi أو Analogia Lègis

(٢) جينى (المرجع السابق) الجزء الثانى ص ١٢٤ – فالقانون الفرنسى لا توجد به سوى نصوص خاصة متفرقة بصدد حق الحبس ، فاستنبط الفقه والقضاء الفرنسى من هذه النصوص نظرية عامة فى حق الحبس لا تقف فى تطبيقاتها عند حدود النصوص التشريعية فحسب .

وكذلك الشأن فيما يتعلق « بالأثراء بلا سبب » فالقانون الفرنسى لم ينص الا على أحكام بعض حالات خاصة دون تقرير مبدأ عام ، وكان أبرز تلك الحالات التى نص عليها حالة دفع غير المستحق ، فاستنبطت من هذه الحالات الخاصة المتفرقة نظرية عامة فى الأثراء بلا سبب .

كلمة تقدم — ولكن مثل هذا الاستنباط (للنظريات أو المبادىء العامة) لا يعد فى حقيقة أمره نوعا من أنواع القياس . فالقياس — كما يقول بحق الفقيه الايطالى الكبير ديلفيكيو — يختلف عن الاستنباط induction فى أنه لايتجه من خاص الى عام وانما من خاص الى خاص مماثل له (أى أن كلا من المقيس والمقيس عليه مسألة جزئية لا مبدأ عام) (١).

على أنه اذا كان القانون المدنى قد عرف فيه هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادىء العامة فأنه لم يعرف فيه استنباط نظرية أو مبدأ عام قياسا على مبدأ عام نص عليه المشرع ، وعلى كل حال فالقانون الدستورى — وهو الذى يهمنا هنا — لا يعرف هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادىء العامة .

القياس فى التاريخ الدستورى الاسلامى — مما يؤيد رأينا أنه لا يمكن أن يكون ثمة مكان للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية فى عصرنا هذا أننا اذا رجعنا الى الحالات التى أعمل فيها القياس فيما سبق من العصور فى التاريخ الاسلامى فأننا نجدها جميعا مما لا يعقل أو يتصور أن تتكرر فى عصرنا هذا لأن إعمال القياس فيها مما يتعارض مع « المصلحة » بصورة بينه . فهل

---

(١) راجع ديلفيكيو Del Veechio : Les preineipes généraux du droit, Etude Gény, T II P. 10

(نقلا عن الرسالة الممتازة للدكتور جلال العدوى المدرس بالكلية) وقد نوقشت فى ٣٠ يوليه عام ١٩٦٠ (وعنوانها « الاجبار القانونى على المعاوضة » ص ٢٣٤)

ويضيف الدكتور العدوى (فى رسالته المشار اليها ص ٢٣٤ هامش رقم ٢) الى ما تقدم أن مما يستند اليه أيضاً ديلفيكيو فى التفرقة بين القياس والمبادىء العامة « أن المادة ٣ من التقنين المدنى الايطالى القديم — ولا تختلف عنها كثيراً المادة ١٢ من التقنين الجديد — قد نصت على أنه اذا لم يسعف القياس القاضى ، التجأ الى المبادىء العامة ، ما يقتضى أنها لا تعد من قبيل القياس » ص ٧١ من بحث ديلفيكيو المشار اليه .

ويبدو لنا أن الاستدلال بالمادة ٣ (المشار اليها) فى هذا المقام أمر غير مفهوم اذ أننا هنا أنما نتكلم عن الاستقراء induction الذى هو — على حد تعبير ديلفيكيو — اتجاه « من خاص الى عام » ، أما هذه المادة ٣ (المشار اليها) فهى تتكلم عن الاستنباط déduction الذى هو اتجاه من « عام الى خاص »

يعقل أو يتصور أن نقرر مثلا فى هذا العصر أن أحد الأفراد له الحق أن يتولى الامامة العامة للمسلمين (أى رئاسة الدولة) لأنه تقررت صلاحيته أن يكون أماما لهم فى الصلاة ؟ بعبارة أخرى هل يكون أمرا مقبولا معقولا فى عصرنا أن نقيس امامة الصلاة على رئاسة الدولة ؟ ! ، وهل يمكن أن تتقبل فى عصر العقول ، أو أن يستقيم فى الدولة سير الأمور اذا نحن قررنا جعل طريقة اختيار رئيس الدولة قياسا على طريقة اختيار قائد الجيش (١) .

أليس من البين أن الأخذ بالقياس فى مثل تلك الحالات مما يتعارض فى هذا العصر من حسن سياسة أو ادارة شئون الحكم ، أى مما يتعارض مع « المصلحة » ؟

اذ يجب ألا يفوتنا أن القياس — كما يقول بحق بعض علماء الشريعة — « لم يُعتبر الا لكونه يظن فيه تحصيل المصلحة ، فاذا انتفت بأن ترتب على العمل به مفسدة أو مصلحة مرجوحة تعين العمل بالمصلحة الراجحة » (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك «النظريات السياسية الاسلامية» للدكتور ضياء الدين الريس (أستاذ التاريخ الاسلامى بكلية دار العلوم (طبعة ١٩٥٧) ص ١٨٢ حيث يقول أن الصحابة بايعوا أبابكر بالخلافة وقدموه على غيره لأن الرسول عند مرضه قدمه على غيره وعهد اليه أن يكون نيابة عنه اماما للمصلين ، فقال الصحابة : « رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لدنيانا » . أى أن الصحابة قاسوا الامامة الكبرى (وهى الخلافة أى رئاسة الدولة فى أمور الدين والدنيا) على أمامة الصلاة — وفى ص ١٩٦ ، ١٩٧ يقول المؤلف بأن البعض كان يرى أن تكون الخلافة بالانتخاب قياسا على ما صنعه النبى مرة بصدد قيادة الجيش اذ تركها للانتخاب بواسطة المسلمين — وفى ص ١٥١ يقول المؤلف أن الشيعة كانوا يقيسون الامامة على النبوة .

(٢) راجع « تعليل الأحكام » (المرجع السابق) ص ٣٢٧ للاستاذ الشيخ محمد شلبى وراجع أيضاً كتاب « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى ص ٣٥ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى حيث يقول : « ان من يبحث فى تشريعات الصحابة والتابعين ومن اليهم من الفقهاء المجتهدين يعرف يقينا أن من هؤلاء من عمل على تأويل بعض النصوص أو اهمال القياس رعاية لهذه المصالح وتحقيقها» .

وفى ذلك يقول صاحب المنار « أن مراعاة المصلحة هى الأصل فيمن عهد اليه بشىء من أمر الناس » ويقول العالم الجليل الأستاذ أحمد أمين « أن ابن المقفع قرر مبدأ قيما هو أن القياس ليس الا وسيلة لتحقيق العدالة وطريقا من طرق الوصول اليها فتى رؤيت العدالة من غير القياس يجب أن يضحى بالقياس » .

ونلاحظ بهذا الصدد أن ابن المقفع وان كان من كبار رجال الفكر والعلم والأدب الذين يفخر بهم التاريخ الاسلامى فانه لا يعد من علماء الشريعة ، لذلك فقد كان الأجدر بعالم جليل مثل المرحوم الأستاذ أحمد أمين ألا يستند الى آرائه كمرجع من المراجع فى هذا المقام ، لا سيما اذا لاحظنا ما هو معروف عن ابن المقفع من أنه ممن كانت عقيدتهم الدينية موضع الشك والطعن .

المبحث الثالث

المصادر (أو أدلة الأحكام) المختلف عليها

أهم هذه المصادر — كما قدمنا — سته : الاستحسان ، والمصالح المرسلة والعرف ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

وسنقسم هذه المصادر الى قسمين :

القسم الأول: ويشمل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .

القسم الثانى : ويشمل الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى

المطلب الأول

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف

تمهيد — أسباب الجمع بين الثلاثة — يجدر بنا أولا أن نبين لماذا جمعنا بين هذه الثلاثة معا ؟

ذلك لأنها تقوم جميعا على أساس واحد ، أساس فكرة واحدة : هى الأخذ بالحكم الشرعى الذى يمليه الصالح العام (أو « المصلحة » على حد تعبير علماء الشريعة) بمالا يتعارض مع المبادىء العامة للشريعة ، وذلك مع مراعاة بعض شروط معينة فى كل حالة من هذه الحالات الثلاث سبقت الاشارة اليها فى موضعها (١) فالاستحسان — كما بيناه ليس فى حقيقة أمره (كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف) الا سبيلا من السبل التى استنبطها الأصوليون للخروج من ربقه أو من ضيق بعض ما وضعوه من قواعد وقيود حين يتبين أنها لا تتسع لتحقيق مصالح العباد (٢) .

---

(١) راجع ما سبق لنا ذكره من الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ص ٩٥ ومابعدها ، وص ٩٦ وما بعدها ، وص ١٠١ وما بعدها .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ،أو — كما عرفه شمس الدين السرخسى — « الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس » راجع فى ذلك كتاب « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٣٦

فالاستحسان هو صورة من صور المصالح المرسلة فى بعض حالات معينة (هى حالة مخالفة القياس أو حالة مخالفة قاعدة عامة للأخذ بالاستثناء، اذا كانت المصلحة لا تتحقق عن طريق اجراء القياس أو عن طريق الأخذ بالقاعدة العامة) ، فالمصالح المرسلة أعم من الاستحسان (١)

وكذلك شأن العرف : أن أساسه هو مراعاة المصلحة ، فهو ـ على حد تعبير بعض علماء الشريعة ـ « لا يعتبر الا تبعا لمصلحة راجحة » (٢) ، فهو شأنه شأن المصالح المرسلة يعد ـ كما قدمنا ـ من مظاهر مسايرة التشريع الاسلامى لمصالح الناس ، بعبارة أخرى أنه يعد صورة من صور مراعاة « المصالح المرسلة » حتى أننا نجد بعض علماء الشريعة لا يعدونه مصدراً مستقلا عنها (٣) .

قبل أن ننتهى من هذه الكلمة التمهيدية يجدر بنا أن نوجه الأنظار الى أنه يجب ألايفهم من وضعنا هذه الثلاثة (الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف) بين المصادر المختلف عليها ، ومن قولنا أنها جميعا تقوم على أساس واحد : هو « المصلحة » ، نقول أنه يجب ألا يفهم من هذا وذاك أن علماء الشريعة قد اختلفوا فى أمر قيام التشريع على أساس المصلحة ، فالواقع ـ كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف ـ « أنه لم يذهب واحد منهم الى أنه لا تشريع الا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع » « وانما الذى فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولاة الأمور اتخذوا « المصلحة » وسيلة الى التشريع لتحقيق أهوائهم ، وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة ، وبعضهم شرّع لمصلحة فردية لا لمصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف فى التشريع بالمصالح المرسلة خوفا من اتخاذها وسيلة الى الأهواء والمصالح الخاصة .. الخ » (٤).

---

(١) راجع « المدخل » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٧٧

(٢) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ محمد شلبى ص ١٧٦ ، ١٧٧ وراجع « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٥٨ حيث يقول : « أن أساس العرف هو مراعاة المصلحة » .

(٣) راجع ص ١٠٥ هامش ٢ ، ١٠٦ ، ١٠٧

(٤) راجع « مصادر التشريع الاسلامية مرنة » (البحث السابق الاشارة اليه) ص ٢٧١ للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

أما وقد انتهينا من هذه الكلمة التمهيدية فاننا ننتقل الى البحوث التالية :

(أولا) هل يصح أن يعد الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف فى عداد « المصادر » ؟

(ثانياً) سواء صح أم لم يصح اعتبارها من المصادر فهل كان لها مكان فى ميدان الأحكام الدستورية فى تاريخ الشريعة الاسلامية ؟

(ثالثاً) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية التى سبق صدورها فى أحد العصور السابقة حجة علينا ملزمة لنا فى هذا العصر وذلك حين تكون تلك الأحكام مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ؟

(أولا) هل يصح أن يعد الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف في عداد المصادر ؟

سنتكلم هنا أولا عن الاستحسان والمصالح المرسلة ، ثم ننتقل الى الكلام عن العرف .

(ا) الاستحسان والمصالح المرسلة — اذا عرفنا أن اصطلاح « المصادر » لا يستعمل — فى لغة الفقه الحديث — إلا بالنسبة للقانون بمعناه العام أو الواسع لا القانون بمعناه الخاص أو الضيق فاننا يمكننا إذاً أن نقرر أن الاستحسان والمصالح المرسلة لا يصح أن نعدهما فى عداد مصادر القانون أو بعبارة أخرى مصادر الشريعة الاسلامية ، اللهم إلا اذا كان الرأى أو القرار المستمد من أحدهما (أى من الاستحسان أو من المصالح المرسلة) موضع « اجماع » أو صدر به « تشريع من أولى الأمر » (مع مراعاة الشروط التى سبق بيانها عن كليهما) ، ولكن

المصدر فى هذه الحالة انما يكون هو الاجماع أو التشريع الصادر من أولى الأمر ، وليس الاستحسان أو المصالح المرسلة هو المصدر (١) .

أما الرجوع الى الاستحسان أو المصالح المرسلة فى الشريعة الاسلامية فهو يقابل ما اصطلح على تسميته فى الفقه الوضعى الحديث بالرجوع الى « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويقصد بالرجوع الى « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » — طبقاً للتفسير الصحيح فى الفقه الحديث — الرجوع الى « جوهر » القانون أى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية لكى نستلهم الرأى أو القرار من تلك المصادر حين لا نجد أمامنا مصدرا من المصادر الرسمية نستلهم منه ذلك الرأى أو القرار . ومعلوم بداهة أننا حين نتكلم عن « المصادر » دون وصف آخر فانما يكون المقصود — فى لغة الفقه الحديث — « المصادر الرسمية » لا المصادر المادية أو الموضوعية للقانون (٢) .

---

(١) يجب ألا يفوتنا (أولا) أن علماء الشريعة فى العصر الحديث قد اقتبسوا اصطلاح « المصادر » عن رجال الفقه الوضعى الحديث .

ولا يفوتنا (ثانياً) أن كلمة القانون لها معنيان : أحدهما واسع أو عام والآخر ضيق أو خاص فالقانون بمعناه الواسع أو العام (Droit فى لغة الفقه الفرنسى) يقصد به مجموع القواعد التى تنظم الحياة فى المجتمع والتى تلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها . أما القانون بمعناه الضيق أو الخاص (Loi فى لغة الفقه الفرنسى) فيشمل ذلك الجزء (من القانون بمعناه العام) الذى يصدر بطريق التشريع أى من السلطة التشريعية العادية .

(٢) يقصد « بالمصادر المادية أو الموضوعية sources réelles ou matérielles للقانون أو « جوهر » القانون : حقائق الحياة الواقعية فى المجتمع ومثله العليا فى العدالة — راجع فى ذلك « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ — ١٩٦٠) ص ١١٥ — ١١٧ للأستاذ الدكتور حسن كيره .

فهذه المصادر الموضوعية هى ما نطلق عليه أحيانا « ظروف البيئة الاجتماعية » أو ما يقضى به الصالح العام (أو « المصلحة » على حد تعبير علماء الشريعة) ، وهذه يجب على المشرع أن يلتزم بها فيما يصدره من تشريعات والا كان تشريعا ظالما لا يكتب له عادة البقاء . وحين يكون التشريع =

(ب) العرف : أما العرف فأمر اعتباره من المصادر للقانون فهو مما لا موضع للخلاف فيه . على أننا يجدر بنا أن نوجه الأنظار الى أن العنصر الذى يسبغ عليه صبغة المصدر أى صفة الالزام ليس عنصر « المصلحة » (أى مقتضيات الصالح العام أو الملاءمة مع ظروف البيئة) ، فلو صح ذلك لكان واجبا أن نعد الاستحسان أو المصالح المرسلة من المصادر .

ولكن ذلك العنصر الذى يسبغ صبغة المصدر على العرف انما هو الاجماع ، وهذا الاجماع أعم من « الاجماع » المعروف لدى علماء الشريعة والذى سبق لنا الكلام عنه ، ذلك لأن الاجماع فى حالة العرف لا يشمل فحسب « اجماع المجتهدين » انما هو عبارة عن اجماع جميع الأفراد على اتباع القاعدة العرفية بصورة مطردة ، أى أن يتكرر اتباعهم لها بانتظام (وذلك مع مراعاة الشروط التى سبق لنا ذكرها بصدد الكلام عن العرف) (١) .

واذا أردنا أن نتكلم بلغة الفقه الحديث فاننا نقول أن ذلك العنصر ليس فحسب هو اطراد جميع الأفراد على اتباع تلك القاعدة العرفية ، وانما هو

= ناقصاً أو (كما يقول الدكتور كيره فى كتابه ص ١١٦) اذا « لم يتح لحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا أن تجد طريقها الى التعبير على يد السلطات المختصة ، بذلك لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة انكار العدالة déni de justice وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل ، أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون » .

ولقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر أو تلك المصادر الموضوعية باصطلاح « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

أما المصادر الرسمية Sources Formelles فهى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس .

وعلى هذا تكون المصادر الرسمية للقانون المدنى مثلا فى مصر هى : (أولا) فى مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين ، و(ثانياً) فى غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ثم العرف ثم الشريعة الاسلامية .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق ذكره) ص ٥٢٨ ، ١١٧ ثم ٢٧٥

(١) راجع ص ١٠٣ — ١٠٥

كذلك بل وقبل ذلك : « أن يقوم فى أذهانهم أن تلك القاعدة ملزمة لهم أى أن احترامها واجب عليهم » بعبارة أخرى أن يتوفر ذلك العنصر الذى يطلق عليه العنصر النفسانى أو المعنوى (١) .

(ثانيا) هل كان للاستحسان والمصالح المرسلة والعرف مكان فى ميدان الأحكام الدستورية فى تاريخ التشريع الاسلامى ؟

سواء عدت هذه الثلاثة (أو بعضها) أو لم تعد فى عداد المصادر فان الذى يهمنا هنا هو معرفة هل نجد لها — اذا نظرنا اليها من الناحية التاريخية — مكانا فى ميدان الأحكام الدستورية ؟ بعبارة أخرى هل كان الصحابة والتابعون ومن جاء بعدهم من الأئمة وفقهاء الشريعة يستمدون ما يستنبطون من أحكام شرعية (فى الشئون الدستورية) عن طريق الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ؟ من الأمور الثابتة أن الصحابة التابعين كانوا يعملون « بالمصلحة » دون أن يضبطوها بضابط غير كونها موافقة لمقاصد الشارع من تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ أما تلك الضوابط ، أى تلك الحدود والقيود التى وضعت على المصلحة (حين الاستناد الى الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف) فقد وضعها الأصوليون — كما قدمنا — فيما بعد فى القرن الثانى الهجرى (أى فى عصر كبار الأئمة) (٢) .

ولقد كانوا يأخذون بالمصلحة — فيما يبدو لنا — بصدد جميع أنواع الأحكام الشرعية بما فيها الأحكام الدستورية (اللهم الا العبادات وما يلحق بها) على أننا نلاحظ أن الأمثلة التى أوردها علماء الشريعة بهذا الصدد تكاد جميعا تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية وغيرها من مسائل القانون الخاص .

على أننا اذا رجعنا الى التاريخ الاسلامى السياسى والدستورى فاننا نجد فيه بعضا من الأمثلة التى تبين لنا كيف أن الصحابة كانوا يأخذون — بصدد الأحكام

(١) راجع ما سبق لنا ذكره بصدد الكلام عن « تعريف العرف » ص ١٠٢

(٢) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٦

الدستورية — بما تقضى به المصلحة عند عدم وجود نص ، وذلك مثل الطرق المختلفة التى اتبعت فى اختيار الخليفة ، والأساليب المختلفة التى كان يتبعها الخلفاء فى الأخذ بالشورى ، وغير ذلك مما لا موضع للتفصيل فيه فى هذا المقام (وانما سيكون موضعه بصدد كلامنا فيما بعد عن « المبادىء الدستورية الاسلام ») (١) .

على أننا لا نعرف مثالا واحداً كانوا يأخذون فيه بالعرف فى هذا المقام ، أى ما نطلق عليه — فى لغة الفقه الحديث — « العرف الدستورى » .

(ثالثا) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية فى هذا المقام والصادرة فى عصر سابق حجة ملزمة لنا فى العصر الحديث ؟

موضوع البحث هنا عن تلك الأحكام الشرعية الدستورية التى استنبطها الصحابة أو غيرهم من التابعين أو الأئمة أو الفقهاء المجتهدين فى أحد العصور السالفة وكانت تلك الأحكام الشرعية الدستورية مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ، هل تعد تلك الأحكام حجة ملزمة لنا فى العصر الحديث ؟ .

ان من الأمور البينة التى لا يعوزها بيان — فيما نرى — أنها جميعا لا تعد حجة علينا فى هذا العصر :

(١) لأن الأخذ بالاستحسان أو المصالح المرسلة لا يصبح — كما قدمنا — حجة شرعية ملزمة للجماعة الا اذا كان الحكم الشرعى فى هذه الحالة موضع اجماع أو صدر به تشريع من أولى الأمر ، وقد تقدم القول أن الاجماع لا مكان له بصدد الأحكام الدستورية فى هذا العصر ، وكذلك التشريعات

---

(١) يلاحظ أننا نجد الامام القرافى — بصدد ذكر الأمثلة لما جرى عليه الصحابة من العمل بالمصلحة — أشار الى ولاية العهد من أبى بكر لعمر وكذلك ترك الخلافة شورى — راجع بحث الأستاذ الشيخ خلاف مصادر الشريعة الاسلامية مرنه » (السابق ذكره والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد مايو ١٩٤٥ صفحة ٢٧١) .

الصادرة من أولى الأمر لا حجية لها فى غير العصر أو العهد الذى صدرت فيه الا اذا أقرها صراحة أو ضمنا أولو الأمر فيما تلا ذلك العصر من العصور .

(ب) أما العرف فأن الأحكام الشرعية المستمدة منه — كما هو معلوم وكما يقرر علماء الشريعة فيما قدمنا — تتغير بتغير العرف زمانا ومكانا (١) ، وهذا فضلا عن أن من شروط الأخذ بالعرف — فيما يقرر علماء الشريعة أيضاً — أن يكون العرف لا يزال قائما قبل وقت حدوث التصرف الذى يراد الاستناد فيه الى العرف (٢) .

التفرقة بين العرف (كما عرفه علماء الشريعة) والعرف فى الشئون الدستورية

يجدر بنا فى مقام الختام أن نوجه الأنظار الى أن العرف الذى عرفه علماء الشريعة هو العرف المعروف فى مسائل الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية وغيرها من فروع القانون الخاص . وفرق بين هذا العرف والعرف الدستورى (أى ذلك الذى يعد مصدراً لبعض الأحكام الدستورية) .

فالعرف الدستورى يمكننا تعريفه بأنه عبارة عن عادة درجت عليها هيئة حكومية (أى رئيس دولة أو برلمان أو وزارة) (٣) فى الشئون المتصلة بنظام الحكم فى الدولة ، بموافقة (أو بالأقل دون معارضة)غيرها

---

(١) راجع ص ١٠٦ من هذا البحث .

(٢) راجع ص ١٠٤

(٣) نقول : « درجت عليها هيئة حكومية » ، «لادرج عليها الناس » كما هو الشأن فى العرف العادى (أى المعروف فى القانون الخاص) .

من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة فى نظر تلك الهيئات الحكومية وضميرها القانونى ما للقواعد الدستورية المدونة (الدستور) من احترام ومن جزاء Sanction (1).

المطلب الثانى

الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى

تمهيد — جمعنا بين هذه الأدلة الثلاثة فى مبحث واحد نظراً لما هى عليه جميعا من قليل الأهمية ولأنها جميعا لاتعد من المصادر، فهى لذلك لا تتطلب منا سوى كلمة موجزه نبين فيها أنها لا يصح أن تعد فى عداد المصادر، وبالتالى فهى لا تجوز أن تعد مصادر للأحكام الشرعية الدستورية فى هذا العصر ولا فى غير هذا العصر.

(فأولا) الاستصحاب

الاستصحاب — كما عرفه الأصوليون — ما هو فى الواقع سوى مبدأ من المبادىء القانونية الأولية بل والبدهية : ذلك هو المبدأ القائل بأن الأصل هو أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة فأنها تظل سارية معمولا بها حتى يتم الغاؤها قانونا (2) . هذا المبدأ لا يعد بداهة مصدراً من مصادر القانون انما هو بدهية من بدهياته ، عد فى عداد المصادر (أو الأدلة) وهو ليس

---

(1) من أمثلة العرف الدستورى فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ : حق رئيس الدولة فى رئاسة مجلس الوزراء ، فقد تقرر له هذا الحق بناء على العرف لا بناء على نص فى الدستور. وفى فرنسا يذكرون من أمثلة ذلك العرف الدستورى قاعدة سنوية الميزانية ، ودور رئيس الوزارة — لزيادة التفصيل راجع كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » ج ١ طبعة ١٩٥٢ ص ١٥٦ وما بعدها أو كتابنا « الوسيط فى القانون الدستورى » طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٩ وما بعدها .

(2) راجع « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كيره ص ٣٩٨

وراجع التعريف الذى سبق ذكرناه للاستصحاب (كما عرفه علماء الشريعة) صفحة ١٠٧ حيث عرفوه بأنه « استبقاء الحكم الشرعى الذى كان باقيا فى الماضى وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه » .

منها (١) واذا نحن رجعنا الى النتائج أو المبادىء التى يرتبها الأصوليون على الأخذ بهذا الدليل (الاستصحاب) فانه يتبين لنا أنه لا مكان لها فى ميدان الأحكام الدستورية ، انما نجد مكانها — كما يتبين من الأمثلة المتعددة التى ذكروها — فى ميدان أحكام العبادات أو الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية ، وكذلك الجنائية ، أما الأحكام الدستورية فلا مكان لذلك الدليل فى ميدانها . فمثلا يذكرون فى مقدمة تلك النتائج أو المبادىء (المترتبة على الاستصحاب) مبدأ « الأصل فى الأشياء الاباحة » أو بعبارة أخرى مبدأ « كل ماليس ممنوعا فهو مباح » ، وهذا هو أهم المبادىء المترتبة على الاستصحاب فيما ذكر الأصوليون . فهذا المبدأ لا يمكن — فيما هو بين — أن يكون له مكان فى هذا الميدان الذى هو ميدان الاختصاصات للهيئات الحاكمة ، والحقوق العامة الأساسية للأفراد ازاء الدولة . ومن المبادىء الثابتة المقررة أن ليس لهذه الهيئات من الاختصاصات ولا للأفراد من تلك الحقوق العامة الا ما يتقرر لها ولهم بناء على نص أو عرف (٢) .

ثانيا — شرع من قبلنا

هذا الدليل كذلك لا يصح فى الواقع أن يعد دليلا أو مصدراً مستقلا ، لأنه اذا كانت هناك بعض من أحكام « شريعة من قبلنا » (أى الشرائع السماوية الأخرى) قد أقرها القرآن أو السنة ، فان هذه الأحكام يجب اذا أن تعد جزءاً من القرآن أو السنة ، ويصبح المصدر فى هذه الحالة هو القرآن أو السنة لا « شرع من قبلنا » .

أما اذا لم يقرها القرآن أو السنة فمن الأمور البينة المتفق عليها ألا حجية لأحكام تلك الشرائع السماوية على المسلمين فى نظر الشريعة الاسلامية (٣) .

---

(١) لاحظ بعض علماء الشريعة بحق أن بعض الأصوليين يذكر ضمن مصادر الشريعة (أو « أدلة الأحكام ») ما ليس منها — ذلك هو ما لاحظه الأستاذ الشيخ شلبى (فى بحثه : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٠٨

(٢) وفيما يتعلق بالشريعة الاسلامية يجب أن نضيف الاجماع .

(٣) وجدير هنا بالذكر أن من الأمور المختلف عليها بين علماء الشريعة هو ما اذا كان يعد مجرد تعرض القرآن أو السنة لبعض الأحكام الشرعية السماوية السابقة فى بعض ما ورد فيهما من القصص=

(ثالثا) مذهب الصحابي

ان « مذهب الصحابى » ليس فى الواقع سوى مجرد « اجتهاد » من الصحابى ، فلم يكن مما يجوز — فى رأينا — أن يعد فى عداد المصادر أو « الأدلة » — فى باب التشريع — الا اذا كان هذا الاجتهاد أو الرأى الفردى بصدد مسألة معينة موضع « اجماع » — وفى هذه الحالة يصبح المصدر هو الاجماع لامذهب الصحابى .

واذا كان الاجماع — حتى لو كان اجماع مجتهدى الصحابة — لا حجية له علينا (كما بينا) فى هذا العصر الحديث فى ميدان الأحكام الدستورية ، فان ذلك يغدو من باب أولى شأن مذهب الصحابى (1) .

= اقرارا منهما (من القرآن أو السنة) لتلك الأحكام السماوية السابقة . ولقد تقدم القول أننا رجحنا الرأى القائل بأن ذلك لا يعد اقرارا وبالتالى لا يكون ثمة حجية لتلك الأحكام — راجع ص ١٠٩

(1) المعروف أن الصحابة كان يخالف بعضهم بعضاً أحيانا ، كما يلاحظ أن المتأخرين أسبغوا على آراء الصحابة من الأهمية أكثر مما كانوا أنفسهم عليها يسبغون .

خاتمة

يتبين بجلاء من هذا البحث بما لايدع سبيلا للريب أمام الباحثين أن مصادر الشريعة الاسلامية – وبخاصة فى الشئون الدستورية – ذات مرونة من شأنها أن تجعل أحكامها قابلة للتطور والملاءمة مع مختلف البيئات والأمكنة فى مختلف الأزمنة .

وكذلك يتبين أن اتهام بعض المستشرقين ، واتهام بعض من غير المستشرقين من غير الباحثين الصادقين ، لمصادر الشريعة ولأحكامها بالعقم أو بالجمود ، انما هو اتهام صادر عن خلط بين الشريعة وبعض من فقهاء الشريعة ، فوصفت ببعض صفاتهم ، وسنة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، واتهام الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها ، هى سنة عرفت منذ سنين عن كثير من المستشرقين وعن غير الصادقين من الباحثين ، أو هو اتهام صادر فى حقيقة أمره عن نظر الى سفح ذلك الطود الأشم ، أو الى سطح ذلك اليم الخضم ، دون نظر الى تلك القمم والآفاق ، أو الى تلك الأغوار والأعماق .

ذلك كله سوف يتبين بجلاء أكثر ، وبأسانيد أوفى وأوفر ، حين نقدم بحثنا عن « المبادىء الدستورية ونظام الحكم فى الاسلام » ، ذلك البحث الذى بدأناه مع بداية عام ١٩٥٩ ،ولم نكد نصل الى نهايته ، ونبدأ فى كتابته – وكان ذلك منذ نحو عامين – حتى تبين لنا بأجلى بيان ، بلغ حد الايمان – كما ذكرنا فى مقدمة هذا البحث – أن كل بحث علمى جدى عن « المبادىء الدستورية ونظام الحكم فى الاسلام » يجب أن نمهد له أولا ببيان مصادر تلك المبادىء وذلك النظام . ذلك هو النهج السليم ، وتلك – كما بينا – هى سنة البحث العلمى القويم ، وذلك هو السبيل الذى نصل به – كما ذكرنا فى المقدمة – الى حسم الكثير من أوجه الخلاف حول ذلك الموضوع الأساسى الذى لم يكن بحثنا هذا الا تمهيداً له وهو موضوع « المبادىء الدستورية ونظام الحكم فى الاسلام » ، وهو بحث أرجو أن أوفق الى اخراجه ونشره بعد أمد غير طويل ، والله الموفق الى سوى السبيل .

اسكندرية فى ١٩٦٣/١/٦

فهرس

صفحة

صفحة

الاختصاص والإجراءات

فى منازعات ايجار الأماكن والأراضى الزراعية

بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الأماكن
والقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بشأن تحديد ايجارها
والقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ بشأن لجان الفصل فى المنازعات الزراعية

للدكتور احمد أبو الوفا

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

مقدمة

١ — المقصود من تنظيم العلاقة الايجارية تنظيما خاصا مستقرا :

اذا كان المشرع قبل الثورة لم يشأ أن يترك العلاقة بين المؤجر والمستأجر لتحكمها القواعد العامة ، واذا كان قد أصدر فى ١٤ يوليه سنة ١٩٤٧ القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بقصد تنظيم هذه العلاقة تنظيما استثنائيا يوائم الحالة التى كانت قائمة وقت ذاك (١) ، فان هذا التنظيم فى ظل الثورة لم يعد له طابعه الاستثنائى بل هو الأصل العام فى التشريع . فالذى يتسم بطابع عهدنا الجديد هو القضاء على الاستغلال بشتى صوره ، والقضاء على سيطرة رأس المال أيا كانت قيمته ، واذا كان العهد أو الميثاق يبقى على الملكية الفردية فذلك لتشارك فى بناء صرح الوطن ، ولتكون أداة فعالة ووسيلة أكيدة لخدمة مجموع الأمة دون أن تحرم صاحبها من اقتضاء الثمرة والمنفعة التى تحددها له القوانين الخاصة .

---

(١) على وفق الأوامر العسكرية التى كانت تنظم هذه العلاقة قبل صدور القانون توصلا لعلاج الحالة الناشئة عن ضائقة المساكن .

لهذا قام المشرع فى عهد الثورة بتعديل القانون المتقدم مرات متعددة ، بل لقد نظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على نحو آخر بالنسبة لتحديد ايجار المبانى عملا بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . هذا فضلا عن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فى الأراضى الزراعية بمقتضى قوانين الاصلاح الزراعى والقوانين المكملة والمعدلة لها وبمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ .

ولقد شاء المشرع فى القوانين المتقدمة تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على نحو يخالف القواعد المقررة فى القانون المدنى . ومما يجب تأكيده فى هذا الصدد أن هذا التنظيم لم يعد له كما قدمنا طابعه الاستثنائى وانما أصبح هو الأصل العام فى التشريع ؛ فالغرض الأساسى من قيام الثورة فى سنة ١٩٥٢ هو القضاء على الظلم الاجتماعى ، ولقد نجحت وانتصرت فى محاربتها له .

شاء المشرع اذن أن ينظم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على نحو تسوده العدالة والطمأنينة وتكتمل فيه معانى الانسانية فى أجمل صورة لها . فالمسكن يأخذ من حياة المواطن جانباً هاماً ، والأرض الزراعية تأخذ جانباً أهم . ولهذا منع المشرع استغلال المؤجر سواء بالنسبة الى تحديد الايجار أو بالنسبة الى انهاء العقد لأى سبب من الأسباب .

ولم يكتف المشرع بوضع قواعد موضوعية خاصة فى هذا الصدد وانما هو أيضاً وضع اجراءات مبسطة بقصد استكمال حماية المستأجر وعدم ارهاقه واغراقه فى شكليات عميقة ، وبهذا ييسر عليه ويعفيه من جهد كبير وعناء ليس باليسير .

ولم تحظ تلك القواعد والاجراءات بعناية كبيرة من جانب الفقه من قبل ، ولعل طابعها الاستثنائى الذى كان يبدو واضحاً وقت صدورها هو الذى عرقل تقدم الفقه فى هذا الشأن ، ولكن استقرار العقيدة على وجوب تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للمواطنين هو الذى حتم أن تتسم تلك القواعد والاجراءات بطابع الاستقرار ، وهو الذى حفز الفقه بعدئذ على تحقيق أكبر عناية فى هذا الشأن .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع بوضع القوانين المتقدمة المتصلة بالنظام العام شاء أن يحمى المستأجر من عبث المؤجر ومشاكسته واستغلاله ، وأن يقف الى جانبه ويستبدل من ضعفه قوة ، وشاء أن يفرض هذه الحماية عليه فى كل مراحل تنفيذ العقد حتى لايتخاذل فى وقت ما عن ضعف أو عن تسامح .

ففكرة النظام العام فى صدد هذه القوانين ، وفرضها فى أهم نصوصها انما هو تحقيق لأهم غرض أساسى قامت الثورة من أجله وهو تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية المستأجرين حماية كاملة تكفل لهم حياة مستقرة وكل هذه الاعتبارات تقتضى حتما تقرير الحماية للمستأجر ليس فقط فى بدء التعاقد فحسب — كما يتصور البعض — وانما فى سائر مراحل تنفيذ العقد .

وبعبارة أخرى شاء المشرع أن يحمى المستأجر من نفسه عندما يضعف ويتخاذل أمام المؤجر ، خاصة مستأجر الأرض الزراعية — فالفروق الطبقية قد تؤدى الى مثل هذا الضعف أو التخاذل — وهنا يتدخل تشريع الثورة لحمايته ، وفى حمايته حماية لطبقة بأكملها ازاء طبقة أخرى . ولما كانت اذابة الفوارق بين الطبقات من الأغراض الأساسية يكون كل ما اتصل بها متعلقاً بالنظام العام .

وبعبارة صريحة ، اذا لم تفسر القوانين المتقدمة بما تمليه طبيعتها ، واذا لم يكن فى الاعتبار الغرض الأساسى من قيامها وحتميتها وضرورتها لتنظيمنا الإقتصادى الحديث ، فان الأمر ينتهى الى تحكم المؤجرين فيهدد الغرض الأساسى من وضع هذه القوانين وتتأثر حتما حياة المواطن ، خاصة اذا قلت المساكن بسبب زيادة السكان (١) .

ويجب ألا يخفى أن المشرع قد آثر وضع القوانين المتقدمة بما تفرضه من أمان واستقرار للمستأجر ، وبما تفرضه من ضريبة تصاعدية على ملاك

---

(١) وحتى فى حالة زيادة العرض عن الطلب فان القوانين المتقدمة لا تمنع من تنقيص الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع .

المبانى وبما تفرضه من قيود على الملكية الزراعية ، ولم يقم بتأميم الملكية العقارية ذلك التأميم الذى كان يضمن بصورة أكيدة اطمئنان طائفة المستأجرين دون ما تهديد بانهاء عقد الايجار أو بزيادة الأجرة .

ومما لاشك فيه أن القوانين المتقدمة تفضل نظام تأميم الملكية العقارية ، وانما لا يساعد على الابقاء عليها واستقرارها والى تطبيقها تطبيقا سليما يتمشى مع الغرض الأساسى من قيامها . وبعبارة أخرى ، الترخص فى صددها يؤدى الى اهدارها . واذن يبين مما تقدم أنه لايقصد من القوانين السابقة مجرد علاج الحالة الناشئة عن ضائقة المساكن أو ضيق رقعة الأرض القابلة للزراعة .

٢ — يبطل بطلاناً متصلا بالنظام العام كل اتفاق ولو لاحق لعقد الايجار يرمى الى زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع ، كما يبطل كل صلح يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقدر معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع :

اذن ، وعلى ماقدمناه ، لا يصح أن تقتصر حماية المشرع للمستأجر على بطلان شرط زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع اذا كان هذا الشرط وارداً فى صلب عقد الايجار ، وانما يجب أن تمتد حماية المشرع له طوال فترة تنفيذ عقد الايجار ، فينعقد باطلا بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ذلك التعاقد اللاحق لعقد الايجار بزيادة الأجرة عن حدها الأقصى ، هذا على الرغم من أن المؤجر لايتمكن من الزامه بهذه الزيادة وينقد باطلا أيضاً — بطلانا متصلا بالنظام العام — ذلك الصلح الذى يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقدر معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع . وهذا الاتفاق أو ذاك لايحول دون أن يعود المستأجر فيطالب بتخفيض الأجرة الى حدها المقرر فى التشريع ، وذلك لأنه اذا كان تحديد الأجرة فى صلب عقد الايجار لا يؤمن معه

الاعتساف (١) بسبب حاجة المستأجر ورغبته فى اقتناء المسكن وبسبب ضائقة المساكن ، فان هذه الرغبة هى بعينها قد تضطره الى مثل هذا التعاقد حتى يحتفظ به تحت تهديد أو ضغط برغبة المؤجر فى هدم المنزل مثلا أو الاقامة فيه بنفسه أو بواسطة أولاده الخ ... ويتم فى العادة مثل هذا التهديد دون اتخاذ أى اجراء قانونى أو عمل مادى يمكن المستأجر من اثباته مما يؤكد أن مجرد مطالبة المستأجر للمؤجر بتخفيض الأجرة الى الحد المقرر قانوناً تنشىء بينهما حالة من التوتر وتجعل المستأجر فى حالة قلق وعدم استقرار ، بل قد تنغص عليه حياته خاصة اذا كان المؤجر يقيم فى نفس المنزل وقد يجعل المؤجر من بواب منزله وسيلة لمشاكسة المستأجر بصورة متقطعة غير صريحة قد لا يمكن اثباتها .

واذن مثل الاتفاق المتقدم على الزيادة أو النقص بما يجاوز الحد الاقصى للأجرة لايعتد به على الرغم من أنه قد يتم بعد انعقاد الايجار وبعد استعمال الحصانة التى يكفلها التشريع للمستأجر .

ويقول البعض فى هذا الصدد : « ... إذا رضى المستأجر بعد ابرام الايجار وفى أثناء انتفاعه بالعين المؤجرة وتمتعه بالحصانة التى يكفلها له التشريع الاستثنائى بزيادة الأجرة أو بالنزول عن حقه فى خفض الأجرة ، فان هذا الرضا لاتتوافر فيه الحكمة التى من أجلها قرر التشريع الاستثنائى بطلان الاتفاق على أجرة زائدة على الحد القانونى ، بل ان هذا الرضا يكون فى هذه الظروف دليلا على شعور المستأجر بالغبن الواقع على المؤجر بحكم القانون وبرغبته فى انصاف المؤجر نوعاً ما بقبوله هذه الزيادة ، فيتعين اعمال ارادته بذلك وعدم ابطالها (٢).

---

(١) راجع القاهرة الابتدائية فى ٩ مارس ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٣٠٩، ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ ص ٧٩٤ .

(٢) الدكتور سليمان مرقص « شرح قانون ايجار الأماكن » الطبعة الثالثة ص ١٠١ رقم ٣٦ وراجع أيضاً مؤلف الدكتور محمد لبيب شنب فى شرح أحكام الايجار الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٢ رقم ٥٦ والأحكام المشار اليها .

وتتجه غالبية الأحكام الى تأكيد وجهة النظر المتقدمة ؛ فتقول محكمة القاهرة الابتدائية « ... من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن لصاحب الحق أن يتنازل عنه بمشيئته . واذا كان القانون الذى يحمى هذا الحق يعتبر من النظام العام ، فان التنازل عن الحق جائز اذا كان من قبيل المسائل المالية . والحكمة فى ذلك أن الضرر ان وجد لايمس الصالح العام فى كثير أو قليل ، وانما يلحق بالفرد وله الخيرة فى التمسك به أو النزول عنه ، ومن ثم فان هذا الحق المالى يمكن أن يسقط أيضا بالتنازل ... وبما أنه من واجب القضاء أن يعمل على سلامة الحالة الاقتصادية للأفراد لأنها تتألف منها الحالة الاقتصادية العامة للبلاد وأن يحميها من الأخذ والجذب حتى يحفظ كيانها ... وبما أنه تطبيقاً لتلك الأسس يتعين على صاحب الحق وهو المستأجر — لكيلا يؤخذ عليه أنه تنازل عن حقه — أن يلجأ الى القاضى فى فترة معقولة تخضع لتقدير القضاء متمسكاً ومطالباً بما شرع القانون لصالحه بحيث اذا تراخى فى ذلك دون أسباب مقبولة كان للمؤجر وللقضاء أن يعتبره بحق أنه تنازل عن استخدامه هذا الحق وأن ممارسته اياه بعد ذلك من سبيل الكيد والتعنت[1].

ويقال أيضاً فى تأكيد ما تقدم أن الحقوق المالية المتعلقة بالنظام العام يجوز النزول عنها بشرط أن يكون هذا النزول عن الحق المالى المتعلق بالنظام العام بعد ثبوته لا قبل اكتسابه قد يقال « أنه اذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة لا يصبح مستحق الأداء الا فى المواعيد المحددة لدفع الأجرة ، فان حق المستأجر فى عدم دفع مايزيد على الحد الأقصى للأجرة يثبت له من وقت التعاقد » [2] .

وتستند سائر المراجع المتقدمة وأحكام القضاء للوصول الى النتيجة سالفة الذكر الى أن قانون المساكن لا يبطل شرط زيادة الأجرة الا اذا كان وارداً فى صلب عقد الايجار وحال انعقاده ، فالمادة الرابعة من القانون

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية فى ٧ ديسمبر ١٩٥٣ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥٢

(٢) من مذكرات غير مطبوعة لطلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية فى عقد الايجار تأليف الدكتور جلال العدوى .

تقول « لايجوز أن تزيد الأجرة المتفق عليها فى عقود الايجار ...» ، والمادة السادسة تقول « يقع باطلا كل شرط مخالف للأحكام المتقدمة ويحكم برد ما حصل زائداً على الأجرة المستحقة قانوناً أو باستقطاعه من الأجرة التى يستحق دفعها ، كما يحكم برد أى مبلغ اضافى يكون المؤجر قد اقتضاه من المستأجر مباشرة أو عن طريق الوسيط فى الايجار » (١) .

ومع ذلك نقول أن مثل الاتفاق المتقدم لايعتبر باطلا بطلاناً متعلقاً بالنظام العام فحسب بل هو معدوم — ولو تم بعد انعقاد الايجار — والمعدوم لا تلحقه اجازة ، ولا يجوز فيه الصلح بل الاقرار لا يعتد به فى هذا الصدد . ومثل ذلك مثل معاشرة غير شرعية ، هل يجدى فى شأنها الصلح أو الاقرار أو تنفيذها بالفعل مهما طالت مدة هذا التنفيذ ، وهل يصح أن يقال أن الرضاء بذلك هو رضاء باستمرارها .

ومثل ما تقدم أيضاً مثل الفائدة التى تجاوز الحد المقرر فى التشريع ، فلا يجدى الاتفاق على ذلك ولو فى عقد لاحق لعقد القرض . وفى هذا تقرر المادة ٢٢٧ من القانون المدنى أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى مشترط فيها الفوائد ، على الا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة فاذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر .

وفى هذا تقول احدى المحاكم أن الاتفاق على الأجرة الزائدة يشبه تماماً الاتفاق على فائدة تجاوز الحد المقرر ، ووجه المشابهة أن الفوائد تعتبر من وجهة التكييف القانونى أجرة للقرض ، وأن المتأمل فى النصوص الخاصة ببطلان الاتفاق ورد الزائد فى الحالتين يلاحظ مابينهما من تماثل فى المبنى وفى المعنى على صورة يمكن معها القول بان المشرع نقل أحكام أجرة

---

(١) راجع الأحكام العديدة التى أشار اليها الدكتور سليمان مرقص فى المرجع المتقدم ، وراجع أيضا القاهرة الابتدائية فى أول مايو ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ ص١٣٩ و ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ ص ١٠٧٩ و٣ ديسمبر ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ ص ٤٢٠

الأماكن عن أحكام فوائد الديون . ومن المعروف فى عالم القانون أن الاتفاق على الفوائد الزائدة لاتصححه الاجازة ولا الصلح ولا الاقرار كما أن نية الطرفين لاتأثير لها فيه (١) .

كل هذا مع ملاحظة أن فكرة النظام العام فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد تطورت كما قدمنا (٢) ، وأصبحت حماية المشرع للمستأجر غير مقيدة بوقت معين وانما هى تمتد من بدء التعاقد الى سائر مراحل تنفيذ العقد . ويشف عن هذا القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ الذى يحدد ايجار المبانى على نحو ثابت دائم بالنسبة لأى مستأجر للبناء وعليه معرفة هذا التحديد فى الادارات المحلية المختصة بالمحافظات .

وبكلمة واحدة ، يكفى لتأكيد خطأ الرأى الذى يجيز الاتفاقات المتقدمة القول بأن ارادة المستأجر فى جميع صورها تكون ارادة مشوبة بعنصر الاكراه والضغط ، ليس فقط فى الأحوال التى يثبت فيها هذا الضغط أو الاكراه — كما اذا وجه المؤجر الى المستأجر انذارا بترك المسكن بحجة استعماله لنفسه أو لاحد أولاده (٣) — وانما فى سائر الأحوال اذ لا يمكن

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٣ نوفبر ١٩٥٤ المحاماة السنة ٣٦ ص ٩١١

(٢) أنظر رقم (١) — يتجه الى الرأى المتقدم أيضاً الدكتور منصور مصطفى منصور فى مذكراته المطبوعة فى البيع والمقايضة والايجار رقم ١٥٣ ص ٣٧١

(٣) تتجه بعض المحاكم الى الحكم بعدم مشروعية الزيادة التى يقبلها المستأجر اذا كان الاتفاق عليها إثر ارسال خطاب اليه من المؤجر يطلب منه فيه اخلاء المسكن لحاجته لزواج نجله (مصر الابتدائية ٨ نوفبر ١٩٥٦ القضية رقم ٢٨٩٣ لسنة ١٩٥٦) وقضت فى حكم آخر بأنه اذا أدعى المستأجر أنه قبل الزيادة فى أثناء اقامته فى العين المؤجرة بعقد يكفل له حماية القانون ولكنه قبلها تحت تأثير اكراه شديد نتيجة اعتداء مادى وقع عليه من المؤجر وأفسد رضاه ثم طلب بطلان هذا القبول وخفض الأجرة الى ماكانت عليه قبله ، فانه يتعين عليه اثبات عناصر الاكراه المفسد للرضاء وفقا للقواعد العامة . وقالت فى هذا الصدد أن المدعى لم يفصح فى دعواه عن نوع الاكراه الذى وقع عليه من المدعى عليه ، أهو اكراه حسى أو نفسى ، واقتصر فى قوله على أن المالك لجأ الى اكراه سكان عمارته وهو منهم على الزيادة بتهديدهم هو وبوابه بشتى الطرق حتى أدى ذلك الى مضاربات أصيب فيها المالك شخصياً وأنه دفعه دفعة شديدة بصدره فأوقعه على أريكة . الخ .. فأنه مهما يكن من أمر هذه الوقائع التى لم يقدم المدعى عليها أى دليل أو شبهة دليل ، فانها لايمكن أن تكون نوعا من الاكراه الحسى ولا النفسى! (مصر الابتدائية فى ١٢ ديسمبر ١٩٥٣ القضية رقم ٤٢٤٥ سنة ١٩٥٣) .

أن تتصور أن تكون ارادة المستأجر خالصة قاطعة فى انه انما يقبل زيادة الأجرة تبرعاً منه للمؤجر ، ولا يمكن أن يقبل عقل أو منطق الزام المستأجر بتلك الزيادة عن ارادة دون أن يستند التزامه الى سبب صحيح فى القانون ؛ فالتزامه هذا ليس له ما يقابله من جانب المؤجر الا رضائه بعدم استعمال حقه فى الطرد فى الأحوال التى أجازها له المشرع استثناء ، أو رضائه بعدم ازعاج المستأجر ومشاكسته بنفسه أو عن من ينوب عنه ولو لم يترتب على هذا الانزعاج — الذى لايصل الى حد الاكراه — انتقاص منفعة المستأجر فى استعمال مسكنه ، وكل هذا يخالف حتما النظام العام ، ويخالف حقيقة المقصود من قوانين الايجار — فى عهد الثورة — وهو حماية المستأجرين وانصافهم ومنحهم الاطمئنان الكامل فى سائر مراحل تنفيذ عقد الايجار دون أن يتخاذلوا فى أى وقت عن ضعف أو تسامح ولو لم يصل الأمر الى حد الاكراه الحسى أو النفسى وفقاً لمعاييره القانونية ، بل ان حقيقة المقصود من قوانين الثورة فى صدد عقود الايجار هو فرض هذه الحماية فرضاً على المستأجرين ، وذلك حتى تنجح فى محاربتها للظلم الاجتماعى .

٣ — رد الأجرة الزائدة — وجواز تجاهل الشرط بزيادة الأجرة :

اذن مثل الاتفاق المتقدم — الذى يتم بعد الايجار وبعد اقامة المستأجر فى العين المؤجرة — والذى مقتضاه زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع ، أو الاتفاق والصلح الذى يتم ارضاء للمؤجر على تنقيص الأجرة الواردة فى عقد الايجار والتى لاتتطابق مع الحد الأقصى المقرر فى التشريع — تنقيصها الى ما يقل عن الأجرة المحددة فى عقد الايجار وانما لايتساوى مع ذلك الحد الأقصى ، مثل هذا الاتفاق وذاك لا يعتد به . ولايمنع المستأجر من تجاهله وأداء الأجرة فى المستقبل بما لايجاوز الحد الأقصى المقرر فى التشريع ، كما لا يمنعه من المطالبة بما أداه زائداً عن ذلك الحد .

ومثل الاتفاق المتقدم لايعتد به ولو كان قد تم فى صورة عقد عرفى أو تم فى محضر بوليس أو نيابة أما اذا تم أمام محكمة بمناسبة نظر دعوى ما

عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، فمن الواجب على المحكمة التحقق من تلقاء نفسها من عدم مخالفة الاتفاق للنظام العام ، ومع ذلك اذا وقع مخالفاً للنظام العام فانه يكون معدوماً .

ويكون معدوماً الاتفاق المتقدم ولو أثبت الطرفان أن المستأجر انما يؤدى الزيادة وهو على علم تام بالحد الأقصى المقرر فى القانون ، كما لا يجدى التبرير بأن المستأجر قبل الاتفاق ايثاراً منه لحسم الخلاف أو لأن المسكن يفضل مثيله المعروض بذات الايجار ، أو لأن هذا الأجر يتناسب فى الواقع — وفى رأيه — مع أجر المثل ، فالنزول عن العناصر المؤدية الى تقدير الأجرة القانونية هو نزول عن الحماية المقررة فى التشريع ولا يعتد به . كذلك لايجدى تبيان أن المؤجر قد أجرى تحسينات فى المسكن تقابل الزيادة وأن المستأجر قد قبل هذه الزيادة دون أن يكون له الحق فى أى منازعة مستقبلة ، كما لا يجدى القول بأن المستأجر ليس تحت أى اكراه أو ضغط بسبب الحاجة الى المسكن وذلك لوجود مساكن خالية بنفس القيمة يمكن التعاقد عليها (١) .

٤ — أداء الأجرة ولو لمدة طويلة بما يزيد عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع لايعد قبولا ضمنياً بالزيادة ولا يسقط الحق فى طلبها :

اذا كان الاتفاق الصريح اللاحق لعقد الايجار بزيادة الأجرة عن حدها الأقصى لايعتد به ويقع معدوما فانه من باب أولى لايعتد بسكوت المستأجر عن استعمال حقه فى طلب تنقيص الأجرة ، ولا يعد قبولا ضمنياً للأجرة الزائدة مجرد أدائه لها شهراً بعد شهر .

---

(١) حكم محكمة القاهرة الإبتدائية فى ١٩ أكتوبر ١٩٥٣ — القضية رقم ٤٠٤٠ لسنة ١٩٥٢ ق ، وتذهب المحاكم الى رفض أى دفاع أساسه انفراج أزمة المساكن على أساس أنه ما دام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ مازال قائما فان عدم الغائه هو دليل على أن الأزمة مازالت قائمة ، والمشرع وحده هو الذى يقدر انفراج هذه الأزمة أو قيامها ، ولا يصح للمحاكم تعطيل تطبيقه بحجة انفراج الأزمة والا تكون قد خرجت عن مهمتها (الحكم المتقدم) .

ويتجه بعض قضاء المحاكم الى هذا النحو ، وتقول احدى المحاكم أن القول بأن سكوت المستأجر مدة طويلة عن رفع دعوى خفض الأجرة يعتبر بمثابة قرينة قاطعة على رضائه بالأجرة الحالية مردود بما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من ابطال كل شرط مخالف للمادة الرابعة من ذلك القانون التى تضع حداً أعلى للأجرة الجائز الاتفاق عليها وأنه لايجوز للأفراد الاتفاق على خلاف ذلك لأن الحظر الوارد بالمادتين الرابعة والسادسة من النظام العام ، ويؤيد ذلك أن المادة السادسة عشر من القانون المذكور تعاقب المؤجر الذى يجاوز حدود الأجرة المقررة قانوناً(١).

ويتجه بعض قضاء المحاكم - يؤيده جانب من الفقه - الى القول بأن سكوت المستأجر عن المنازعة فى القيمة الايجارية مدة طويلة ، وان كان لايسقط حقه فى طلب خفض الأجرة يعتبر قرينة قضائية قوية ، فى جانب المؤجر على نزول المستأجر عن هذا الحق بعد نشوئه أو على الأقل على عدم جدية المنازعة التى يثيرها بعد ذلك ، فحسب المؤجر أن يتمسك بهذه القرينة حتى يكلف المستأجر بنفيها بأن يثبت سبباً معقولا لسكوته عن المنازعة طوال هذه المدة كعدم علمه بالأجرة القانونية أو عدم حصوله على الدليل المثبت لها الخ... فاذا عجز المستأجر عن هذا الاثبات اعتبر متنازلا عن حقه أو على الأقل اعتبرت منازعته فى قانونية الأجرة غير جدية بناء على تلك القرينة التى لم يستطع دحضها . ومتى اعتبر المستأجر متنازلا عن حقه ، لم تكن ثمة صعوبة فى اعتبار هذا النزول صحيحا باعتباره وارداً على حق مالى يخص المستأجر وحده ولايتعلق بالنظام العام فى شىء (٢).

وهذا القول بشقيه محل نظر ، ذلك لأننا قدمنا أن الاتفاق الصريح بزيادة الأجرة عن حدها القانونى لايعتد به اذا وقع صريحاً ، فمن باب أولى لا يعتد بالارادة الضمنية فى هذا الصدد . كما أن السكوت عن

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ١٤ يناير ١٩٥٤ القضية رقم ٣٢٣٧ لسنة ٥٣ ق والأحكام العديدة المشار اليها فى مؤلف الدكتور مرقص رقم ٣٦

(٢) مؤلف الدكتور الدكتور سليمان مرقص رقم ٣٦ ص ١٠٧ والأحكام العديدة المشار اليها.

المنازعة فترة ما مهما طالت — وما دام الحق لم يسقط بالتقادم — لا يعد فى ذاته دليلا على عدم جديتها (١) ولا يملك القضاء تقدير المنازعة بعدم جديتها لهذا السبب .

٥ — متى يسقط الحق فى طلب الزائد عن الحد الأقصى للأجرة ؟

رأينا أن حق المستأجر فى طلب تخفيض الأجرة لا يسقط سواء أكانت الأجرة المتفق عليها والتى تجاوز الحد الأقصى المقرر فى التشريع ثابتة فى صلب العقد أم فى أى اتفاق لاحق .

كما لا يسقط بوفاة المؤجر أو المستأجر ، فوفاة أولهما توجب توجيه الطلب الى جميع ورثته (٢) ، ووفاة الآخر توجب توجيه الطلب من جميع ورثته ، ما دام المقصود هو المطالبة بالزيادة المدفوعة من جانب المورث قبل وفاته . أما اذا كان المطلوب هو الزيادة المدفوعة من جانب المنتفع بالمسكن بعد وفاة المورث ، فان الذى يطالب بالزيادة المدفوعة منه هو وحده الوارث المنتفع بالمسكن وفقاً لما سوف نراه فيما بعد .

واذا لم تتم القسمة بين ورثة المؤجر ، فان المطالبة بالأجرة الزائدة تتم فى مواجهة جميع الورثة ولو عن مدة تالية للوفاة .

ولا يسقط الحق المتقدم ببيع العين المؤجرة ، فالمالك القديم يطالب فى حدود ما قبضه هو من الايجار الزائد (٣) .

كما لا يسقط الحق المتقدم بانتهاء عقد الايجار لأى سبب من الأسباب المقررة فى التشريع .

وانما الذى يسقط الحق هو المدة التى تتناوله والتى تؤدى الى انقضائه .

---

(١) مادام النزاع غير مستعجل ولا يخشى عليه من فوات الوقت عملا بالمادة ٤٩ مرافعات .

(٢) مادامت القسمة لم تتم بينهم ، ولم يختص أحدهم فقط بالعقار مع تحمله سائر التزامات المورث فى هذا الصدد .

(٣) الاسكندرية المختلطة ١٧ يناير ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٨ ص ٥١

ولقد اختلف الرأى فى تحديد قدر هذه المدة والوقت الذى تبدأ منه ، وذلك بسبب الاختلاف فى تكييف الحق فى طلب الأجرة الزائدة .

وقيل أن هذا الحق لا يسقط طوال مدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مهما طالت هذه المدة ، سواء فى مدة العقد الأصلية أو فى مدة امتداده الامتداد القانونى وذلك لأن الاتفاق على أجرة زائدة على الحد القانونى يعتبر جريمة مستمرة لا تسقط الدعوى العمومية بشأنها الا من وقت انقطاع حالة الاستمرار ، ولأن دعوى خفض الأجرة هى بمثابة دعوى تعويض فلا تسقط ما دامت الدعوى العمومية لم تسقط . ومتى حكم بخفض الأجرة ثبت للمستأجر الحق فى استرداد ما سبق أن دفعه زائداً على الأجرة القانونية مهما بلغ هذا الزائد ومهما طالت المدة التى استمر فيها دفع الزيادة . ولايسرى على هذا الحق التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادتين ١٧٢ ، ١٨٧ من القانون المدنى الخاصتين بتقادم التعويض عن العمل غير المشروع وبتقادم المطالبة برد غير المستحق الا ابتداء من التاريخ الذى تنقطع فيه جريمة المؤجر المستمرة الناشئة من تقاضيه أجرة أزيد من الحد القانونى (١) .

وقيل فى رأى آخر أن مخالفة المادة الرابعة من قانون الايجار تنشىء جريمة وقتية لا جريمة مستمرة ، وقيل أن دعوى المستأجر فى استرداد ما دفعه زيادة عن الحد الأقصى لايمكن أن تعد بمثابة دعوى تعويض ، وانما هى دعوى ببطلان الشرط الذى يلزم المستأجر بدفع تلك الزيادة ، وأنه لما كان القانون قد وضع قواعد خاصة لاسترداد ما دفع بغير حق فمن الواجب اعمال هذه القواعد الخاصة عند استرداد الأجرة الزائدة ولا يجوز إعمال القواعد العامة فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، ومن ثم يسقط حق المستأجر فى استرداد تلك الزيادة عملا بالمادة ١٨٧ من القانون المدنى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه بحقه فى استردادها ،

(١) سليمان مرقص – المرجع السابق – رقم ٣٧ والحكم المشار اليه .

وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ونرى الاعتداد بهذا الرأى الأخير ، مع ملاحظة أن مخالفة المادة الرابعة من قانون المساكن لا تنشىء جريمة وقتية كما لا تنشىء جريمة مستمرة ، وانما تنشىء جريمة متكررة هى :

أولا : الاتفاق على أجرة تجاوز الحد المقرر فى القانون ثم هى قبض أجرة تجاوز هذا الحد عن عمد وعن ارادة (٢) . وهذا القبض يتم فى نهاية كل فترة زمنية معينة – أى كل شهر أو كل ثلاثة أشهر مثلا حسب الاتفاق ، بحيث تقع المخالفة ولو تم عقد الايجار مطابقاً للايجار المقرر فى التشريع وانما كان المستأجر يدفع كل شهر أجرة تجاوز هذا الحد . وعلى أى حال فان ملاحظتنا المتقدمة لاتؤثر فى سلامة الرأى الأخير ، فما دامت الدعوى باسترداد الأجرة الزائدة تعد من قبيل دعاوى استرداد ما دفع بغير حق ، ولا تعد من قبيل دعاوى التعويض عن العمل غير المشروع فان تكييف جريمة المؤجر – ان كانت – لايؤثر على وجه الاطلاق فيما انتهى اليه الرأى المتقدم .

---

(١) مذكرات الدكتور جلال العدوى فى عقد الايجار – لم يطبع بعد .

(٢) وكل قبض للاجرة الزائدة عن عمد وعن ارادة يعد فى ذاته مخالفه للقانون ، وانما لا يوقع الجزاء الجنائى على المؤجر إلا مرة واحدة وان تعددت المخالفات .

الاختصاص والاجراءات
فى منازعات ايجار الأماكن

بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والقوانين المعدلة له

٦ — الاجراءات المقررة بمقتضى المادة الخامسة عشر من قانون ايجار الأماكن :

تنص تلك المادة على أن ترفع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قلم كتاب تلك المحكمة . وعلى قلم الكتاب أن يعطى الطالب إيصالا بتسلم الطلب وأن يرفع الطلب المذكور فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه إلى رئيس الدائرة المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع .

ويقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

ويفصل فى النزاع على وجه الاستعجال ، والحكم الذى يصدر فيه لايكون قابلا لأى طعن .

وتظل المنازعات المدنية الأخرى التى تنشأ بين المؤجر والمستأجر خاضعة للقواعد القانونية العامة من حيث موضوع النزاع والاختصاص القضائى والاجراءات .

٧ — نشرح — على التوالى — الاختصاص فى صدد منازعات الايجار ثم الاجراءات المقررة لرفع الدعوى واجراءات نظرها ، والحكم فيها ومدى قابليته للطعن فيه .

الفصل الأول

الاختصاص فى منازعات الايجار

٨ – الاختصاص النوعى بنظر منازعات الايجار مقرر للمحكمة الابتدائية وحدها ، وهو اختصاص من النظام العام بمراعاة أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ :

تختص المحكمة الابتدائية عملا بالمادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتحديد الأجرة أو بتعديلها بالزيادة أو بالنقص وفقاً لأحكام القانون المتقدم ، ويحق المستأجر فى المطالبة بتنقيص الأجرة إلى الحد القانونى ولو ادعى المؤجر أن الزيادة ليست أجرة بل تعويضاً فى مقابل الترخيص بالتأخير من الباطن ويحق المستأجر فى استرداد ما دفع زائداً عن الحد القانونى ولو فى صورة بدل اخلاء ، ولو كانت المطالبة بعد فسخ عقد الايجار .

كما تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الاخلاء متى استند المؤجر إلى سبب من الأسباب المقررة فى قانون ايجار الأماكن ، ولو كان هذا السبب يعتبر أيضاً من الأسباب التى تجيز الفسخ والاخلاء عملا بالقانون المدنى . كما تختص بدعاوى التعويض المرفوعة على المؤجر بسبب مخالفته أحكام قانون الايجار فى صدد وجوب الشروع فى هدم البناء فى خلال شهر من تاريخ الاخلاء واعادة البناء فوراً ، ووجوب شغل المؤجر للمسكن الذى طلب اخلاءه للضرورة .

ويشترط فى جميع الأحوال المتقدمة أن يكون المكان المؤجر مما يسرى عليه أحكام قانون الايجار ، كما يشترط أن يكون العقد المبرم بين الطرفين من عقود الايجار بحسب تكييفه القانونى ولو وصفه الخصوم بغير ذلك للتهرب من أحكام قانون الايجار . وينعقد الاختصاص للمحكمة متى كان المطلوب

فى الدعوى هو أحد المسائل المتقدمة ، ولو تطلب الأمر للفصل فيه بإعمال قواعد القانون المدنى . وبعبارة أخرى ، فلا يتصور أن تتمكن المحكمة من الفصل فى أحد الأمور المقررة فى قانون ايجار الأماكن دون أن تطبق قواعد القانون بصورة عامة سواء فيما يتصل باثبات الدعوى أو فيما يتصل بتفسير قواعد القانون ومصطلحاته .

وجدير بالذكر أن الاختصاص المتقدم لايقوم على أساس قيمة الدعوى ؛ فالمحكمة الابتدائية تختص بنظر المنازعات المتقدمة أيا كانت قيمتها — أى ولو لم تجاوز مائتين وخمسين جنيها . وانما يقوم الاختصاص على أساس نوع الدعوى ، فدائرة المساكن هى وحدها التى تفصل فى الدعاوى التى وردت فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على سبيل الحصر ، بحيث اذا رفعت دعوى من هذه الدعاوى الى القاضى الجزئى وجب عليه أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه اختصاصا نوعيا ، ولو كانت من الدعاوى المقررة فى المادة ١/٤٦ التى يختص استثناء بنظرها .

ويلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يقرر فى المادة ١٣٣ و ١٣٤ أن الاختصاص القيمى لايتصل بالنظام العام وأن الاختصاص النوعى يتصل بالنظام العام ، وهذا على خلاف القاعدة التى كانت مقررة بمقتضى قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ والتى كانت تجعل قواعد الاختصاص النوعى والقيمى من النظام العام على السواء .

ومن ثم اذا رفعت دعوى من الدعاوى المحددة على سبيل الحصر فى قانون ايجار الأماكن الى محكمة جزئية وجب على هذه المحكمة الحكم بعدم اختصاصها اختصاصا نوعيا من تلقاء نفسها ، ويجوز لأى خصم فى الدعوى أن يتمسك بهذا الاختصاص فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف أو فى النقض ، واذا كانت النيابة ممثلة فى الدعوى وجب عليها تنبيه المحكمة الى عدم اختصاصها .

وإذا كان لا يجوز الادلاء بطلب من الطلبات المقررة في قانون ايجار الأماكن بصورة أصلية أمام المحاكم الجزئية فانه لايجوز أيضاً الادلاء به على صورة طلب عارض أثناء نظر خصومة أخرى ، ففى هذه الحالة أيضاً يتعين على المحكمة الحكم بعدم إختصاصها بنظره من تلقاء نفسها ، ولأى خصم فى الدعوى التمسك بعدم الاختصاص ولو لأول مرة فى النقض .

هذا ويلاحظ أن توزيع العمل بين دوائر المحكمة يقتضى تخصيص دوائر لنظر مسائل الأحوال الشخصية ودوائر للمنازعات التجارية ... الخ — كما نعلم — ولقد اقتضى هذا التنظيم أيضاً تخصيص دوائر لنظر منازعات المساكن بالتطبيق لقانون ايجار الاماكن ، وذلك نظراً لكثرتها . ولما كان هذا التوزيع يتم بواسطة الجمعية العمومية لكل محكمة ، فهو مجرد عمل ادارى داخلى لا تترتب على مخالفته مخالفة لقواعد الاختصاص النوعى(١)، ومن ثم الدوائر المتخصصة بنظر منازعات الايجار بالتطبيق للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦٢ لا تحرم من نظر أى منازعات أخرى تقدم اليها بصورة عارضة على الدعوى الأصلية ولو لم تتعلق بتطبيق ذلك القانون ، بل ولو لم تتصل بالايجار مادام القانون يجيز الادلاء بها عملا بالقواعد العامة فى الادلاء بالطلبات العارضة وفى التدخل واختصام الغير . وهى تفصل فى الطلبات المتقدمة أيا كانت قيمتها ، وذلك عملا بالمادة ٥٢ من قانون المرافعات التى تقرر أن المحكمة الابتدائية تحكم فى الطلبات الوقتية والمستعجلة وطلب الضمان وسائر الطلبات العارضة مهما تكن قيمتها (٢) والحكم الصادر فى الطلب العارض يخضع للقواعد العامة فى الطعن فيه بالاستئناف ، ولا يسرى عليه مايسرى على الحكم الصادر فى منازعات الايجار الخاضعة لقانون المساكن ، وذلك متى كان صادرا فى غير هذه المنازعات(٣)

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩٠٧ وإستئناف القاهرة ٢٧ ديسمبر ١٩٥٤ رقم ٧٥٠ سنة ٧١ ق .

(٢) القاهرة الابتدائية ٨ نوفمبر ١٩٥٦ رقم ٢٧١٢ سنة ١٩٥٦ ، وقارن مرقص رقم ١٣١

(٣) قارن مرقص رقم ١٣١ ص ٣٢٨

وسوف نعود الى هذا الموضوع عند دراسة الطعن فى الحكم الصادر فى تلك الطلبات العارضة .

ومن ناحية أخرى ، تملك أية محكمة ابتدائية — فى تشكيلها باعتبارها محكمة درجة أولى — أن تفصل فى أى نزاع من المنازعات المقررة فى قانون المساكن ولو كانت متخصصة بنظر نوع آخر من القضايا ، لأن تخصيص الدوائر لايتم كما قدمنا بتطبيق قواعد الاختصاص النوعى ، وعلى المحكمة مراعاة قانون المساكن بطبيعة الحال ، والحكم الصادر منها من هذا الصدد يخضع للقواعد المقررة فى قانون المساكن فلا يقبل أى طعن . وعادة تفصل المحكمة فى النزاع المتقدم اذا رفع الى المحكمة الابتدائية بصورة عارضة على الدعوى الأصلية وكانت دواعى الارتباط وحسن سير العدالة تقتضيان حتما الفصل فيهما معا من محكمة واحدة . وفى العادة اذا رفع الى غير دائرة المساكن طلب — بصورة أصلية أو عارضة — وكان يتصل بقانون المساكن فان المحكمة لا تقضى فيه وانما تأمر باحالته الى الدائرة المتخصصة بالمحكمة ، ولا يكون ذلك بمقتضى اعمال المادة ١٣٥ (١) وانما يكون بالتطبيق لقرار الجمعية العمومية للمحكمة بالتوزيع الداخلى بين دوائرها المختلفة ، وذلك لأن المادة ١٣٥ لا تتصل الا باحالة الدعوى بعد الحكم بعدم اختصاص المحكمة .

واذا كانت المحكمة الابتدائية تنظر استئناف حكم صادر من المحاكم الجزئية ، فانها لاتملك الفصل فى طلب عارض يتصل باعمال قانون المساكن ، ولو كان مرتبطا بالدعوى الأصلية ، وذلك لأن تشكيلها يكون من ثلاثة قضاة ، لامن رئيس المحكمة ، وفقا لما ينص عليه قانون السلطة القضائية ، هذا على الرغم من أنه ليس فى عرض الطلب عليها تفويت لدرجة من درجات التقاضى اذ الحكم الصادر فيه لايقبل أى طعن بعدئذ . ومخالفة

---

(١) قارن مرقص رقم ١٢٥

القاعدة المتقدمة من قواعد الاختصاص النوعى توجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بعدم اختصاصها عملا بالمادة ١٣٤ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتوجب عليها عندئذ الحكم بالاحالة الى دائرة المساكن بالمحكمة أو الى دائرة بالمحكمة الابتدائية بصفتها محكمة درجة أولى — وذلك عملا بالمادة ١٣٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ التى توجب على المحكمة الاحالة الى المحكمة المختصة عندما تقضى بعدم اختصاصها . كما يكون لأى خصم فى الدعوى التمسك بعدم الاختصاص المتقدم فى أية حالة تكون عليها الاجراءات .

٩ — منازعات لاتدخل فى الاختصاص المقرر للمحكمة الابتدائية بمقتضى القانون رقم ١٢١ ، وانما تخضع فى هذا الصدد لحكم القواعد العامة من حيث الاختصاص والاجراءات :

١ — المنازعة فى صحة عقد الايجار ، أو فى صدوره من شخص له صفة فى التأجير (١) الخ ، أو المنازعة بصدد المفاضلة بين عدة مستأجرين لمسكن واحد .

٢ — مجرد المنازعة فى تكييف عقد ما ، وما اذا كان يعتبر من عقود الايجار أم من العقود المسماة الاخرى ، خاصة اذا ماجاء الالتزام بتقديم مسكن فى صورة تبعية لعقد ما ، كعقد العمل مثلا ، ثم فصل العامل بعدئذ (٢) .

٣ — منازعات ايجار غير الاماكن التى يسرى عليها قانون الايجار .

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه متى كانت العين المؤجرة بمقتضى العقد الذى يستند اليه الطاعن هى أرض فضاء ، فان دعواه

---

(١) طنطا ٢٠ يناير ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ — ٣ — ١٥٧

(٢) محكمة القاهرة المختلطة ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ مجلة التشريع والقضاء ٥٧ ص ٧١

وقد قضت محكمة النقض فى ١٠ نوفمبر ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٥٣٢ بأن عقد استغلال مقصف أحد محطات السكك الحديدية لايعتبر عقد ايجار لأنه يتضح من نصوص العقد أنه قد قصد به فى الواقع تحقيق خدمة عامة للمسافرين .. الخ ، فهو التزام باداء خدمة عامة .

تخضع لقواعد القانون العام لا عبرة فى هذا الخصوص بالغرض الذى استؤجرت من أجله الأرض الفضاء ، ولا بما يقيمه عليها المستأجر من منشآت تحقيقا لهذا الغرض . أما الاتفاق على أن يكون ما يقام عليها من مبان ملكا للمؤجر من وقت انشائها فلا تأثير له فى حقيقة العقد من حيث كونه واردا منذ البداية على أرض فضاء ما دام أن الأجرة المتفق عليها فى العقد تستحق سواء أقام عليها المستأجر هذه المبانى أم لم يقمها مما يدل على أن المبانى لم تكن هى محل العقد (١) .

وقضت محكمة النقض أيضا بانه كان موضوع الدعوى نزاعا على بيع محل تجارى وعلى جواز حلول المشترى محل المستأجر ، فانه تسرى بصدده قواعد المرافعات العامة ولايسرى قانون الايجار(٢) .

وقضت أيضا بأن الضابط فى شأن القاعدة القانونية التى تحكم مسألة الاختصاص بطلب الاخلاء على ماجرى به قضاء محكمة النقض هو وصف العين المؤجرة فى عقد الايجار فاذا كان عقد الايجار واردا على أرض فضاء فان الدعوى بالاخلاء تخضع لقواعد القانون العام الخاصة بالاختصاص وذلك بصرف النظر عما اذا كان يوجد بتلك الأرض مبان وقت انعقاد عقد الايجار أم لا — وان كانت الاجارة واردة على مكان معد للسكنى أو غير ذلك من الأغراض فان المنازعة على الاخلاء تخضع لأحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وترفع دائما الى المحكمة الابتدائية (٣) .

وقضت أيضا بأنه اذا طالب المؤجر بأجرة أرض فضاء مضاف اليها الزيادة المقررة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فان هذه الزيادة فى الأجرة

---

(١) نقض ١٨ يونيه ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١١٥ وراجع أيضاً نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٩٨١

(٢) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ السنة ١ ص ١٨٤

(٣) نقض ٢٣ أبريل ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ ص ٨٩١

تعتبر بمثابة تعديل لأحكام عقد الايجار المبرم بين الطرفين يتطلب توافق ارادتهما بشأنه اذ أن الأرض الفضاء لا تخضع لأحكام ذلك القانون (١) .

٤ - المنازعة فى طلب اخلاء مسكن دون ماسند فى القانون (٢) .

٥ - المنازعة فى تفسير عقد ايجار فى غير ما يتصل بتطبيق قانون ايجار الأماكن .

٦ - المنازعة فى طلب التعويض بسبب اتلاف المستأجر للعين المؤجرة أوسبب مخالفته لشروط العقد ، ومن بينها شرط المنع من التأجير من الباطن(٣).

٧ - المنازعة فى طلب المستأجر تسليمه العين المؤجرة أو اجراء ترميمات ضرورية فيها أو رجوعه على المؤجز بضمان التعرض أو ضمان العيوب الخفية (٤) .

٨ - سائر المنازعات المتعلقة بتحديد ايجار الأماكن المعدة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض والتى تنشأ بعد العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة لسنة ١٩٦١ فى شأن خفض ايجار الأماكن ، وعند التطبيق للمادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد ايجار الأماكن .

كما يسرى الحكم المتقدم على المبانى التى لم تؤجر أو تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ المشار اليه . فهذه الأمكنة كلها يحدد ايجارها لجنة التقدير ، ويحصل التظلم من قرارها أمام مجلس المراجعة المشكل برئاسة أحد القضاة وعضوية اثنين من مهندسى الادارات الهندسية المحلية بالمحافظة . ويكون قرار المجلس غير قابل لأى طريق من طرق

---

(١) نقض أول مارس ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ ص ٤٠٨

(٢) الأحكام المشار اليها فى مؤلف الدكتور مرقص رقم ١٢٣

(٣) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ ص ١٤٨٧

(٤) المرجع المتقدم رقم ١٢٣

الطعن أو التظلم عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢

٩ — المنازعة فى طلب أجرة متأخرة غير متنازع فى صدد تحديدها أو سبق هذا أن تم هذا التحديد بصددها وفقا للقانون.

١٠ — المنازعة فى طلب طرد المستأجر الذى أنهى العقد بارادته وفى ظل قانون الايجار الذى يتيح له البقاء والاستقرار فى العين المؤجرة .

١١ — قضت محكمة النقض بأن الحكم بالتعويض على المؤجر لا خلاله بحكم القانون الذى حتم الهدم فى ظرف شهر انما يستند الى القواعد العامة وهو ليس من المنازعات التى نص قانون ايجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تنظيم الفصل فيها (١) .

١٢ — وقضت أيضا فى ١٨ أكتوبر ١٩٦٢ (٢) بأن المادة ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه لايجوز أن تزيد الأجرة المتفق عليها فى عقود الايجار التى أبرمت منذ أول مايو سنة ١٩٤١ عن أجرة شهر أبريل سنة ١٩٤١ أو أجرة المثل لذلك الشهر الا بمقدار نسب معينة تختلف باختلاف نوع المحل المؤجر (أوضحتها المادة المذكورة) على أن يدخل فى تقدير الأجرة المتفق عليها أو أجرة المثل **تقويم كل شرط أو التزام** جديد لم يكن **واردا فى** العقود المبرمة قبل أول مايو سنة ١٩٤١ أو لم يجر العرف فى هذا التاريخ بفرضه على المستأجر ، وتقضى المادة ١٥/٤ ق ١٢١ سنة ١٩٤٧ بأن المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون المذكور هى وحدها التى ترفع إلى المحكمة الابتدائية المختصة وفقاً للاجراءات التى تضمنتها المادة المذكورة .

---

(١) دائرة الفحص جلسة ٢٤ نوفبر ١٩٥٩ فى الطعن رقم ٣٩٨ سنة ٢٥ ق — وراجع أيضاً نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماه ٣٣ عدد ٩ ص ١٤٨٧

(٢) فى الطعن رقم ١١٥٠ سنة ٢٧ ق — لم ينشر بعد

أما المنازعات المدنية الأخرى التى تنشأ بين المؤجر والمستأجر فانها تظل خاضعة للقواعد القانونية العامة من حيث موضوع النزاع والاختصاص القضائى والاجراءات .

مؤدى هذين النصين ومن مفهوم المخالفة من أولهما : أن الشرط **الوارد** فى عقد الايجار المبرم قبل أول مايو سنة ١٩٤١ والذى يضيف على عاتق المستأجر عبئا ماليا مستقلا عن الأجرة المحددة فى ذلك العقد **لا يدخل** فى تقويم الأجرة كما أن النزاع الذى يدور بين طرفى العقد حول صحة هذا الشرط يخرج بطبيعته عن نطاق أحكام القانون رقم ١٢١ سنة ١٩٤٧ إذ لايعتبر نزاعا فى الأجرة ولايدخل فى تقويمها ومن ثم فانه يكون خاضعا للقواعد القانونية العامة من حيث موضوعه والاختصاص القضائى والاجراءات وفقا لنص المادة ١٥ /٤ سالفة الذكر .

١٠ — الاختصاص المحلى فى منازعات الايجار :

لما كانت المادة ٦٣ من قانون المرافعات تنص على انه فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والاشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع يكون الاختصاص للمحكمة التي فى دائرتها تم الاتفاق أو نفذ متى كان فيها موطن أحد الخصوم ، ولماكانت هذه المادة غير مقصورة — فيما قررته — على مجرد المنازعات بطلب أجور المساكن ، وانما هي تطبق فى صدد سائر **المنازعات المتعلقة** بأجور المساكن فمن الواجب إعمالها بصدد طلب زيادة الأجرة أو نقصها أو طلب استرداد ما دفع زائدا عن الأجرة المقررة فى القانون .

أما طلب اخراج المستأجر وإنهاء عقد الإيجار فى الأحوال المقررة فى قانون المساكن،أو طلب الزام المؤجر بالتعويض لمخالفته أحكام المادة ٢ /هـ والمادة ٣ /٥ فى صدد وجوب المشروع فى هدم البناء فى خلال شهر من تاريخ الاخلاء واعادة البناء فورا أو فى وجوب شغل المؤجر للعين التى طلب اخلاءها للضرورة ، فان للدعوى فى هذا الصدد ترفع الى محكمة

موطن المدعى عليه عملا بالقواعد العامة فى الاختصاص المحلى للدعاوى الشخصية أو المنقولة (م ٥٥) . وفى حالة تعدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم (م٥٥/٢).

وحتى ينعقد الاختصاص المحلى للمحكمة عملا بالمادة ٦٣ يتعين أن يقع فى دائرتها موطن أحد الخصوم ، ولو كان هو المدعى ، ويتعين فضلا عن ذلك أن يكون فى دائرتها قد تم الاتفاق أو نفذ . ولما كان المقصود من هذه المادة هو التيسير على رافع الدعوى فليس ثمة ما يمنع من رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه طبقا للقواعد العامة ولو لم يكن فى دائرتها قد تم الاتفاق أو نفذ (١) .

١١— ما تختص به دائرة المساكن بعد الحكم فى النزاع :

اذا فصلت دائرة المساكن فى النزاع إعمالا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ واذا أصدرت حكمها — وهو غير قابل لأي طعن عملا بالمادة ١٥ من القانون المتقدم ، فانها مع ذلك تملك نظر الطلبات الآتية :

١٢— (١) طلب نظر ما أغفلت المحكمة الفصل فيه :

اذا أغفلت دائرة المساكن نظر طلب موضوعى قدم اليها جاز للخصم صاحب المصلحة — أو الذى سبق له التقدم بالطلب — أن يجدده أمام ذات الدائرة . ويشترط فى هذا الصدد أن يكون الطلب طلباً موضوعياً ، وأن يكون الاغفال اغفالا كليا . وتقول المادة ٣٦٨ فى هذا الصدد « اذا اغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه الحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه » .

ويلاحظ أن اعادة تقديم الطلب إلى المحكمة بعد اغفالها الفصل فيه infra petita لا يعتبر من قبيل الطعن فى حكمها مما يمتنع عملا بالمادة

---

(١) راجع كتاب المرافعات رقم ٢٩٧

١٥ من قانون المساكن ، وانما هو جائز لأنه لا يمس حجية الحكم الذى أغفل الفصل فى الطلب ويعد من قبيل تجريحه .

ويقدم الطلب الى دائرة المساكن بالاجراءات المقررة فى قانون المساكن .

١٣ — (٢) طلب تفسير منطوق الحكم :

يجوز للخصم صاحب المصلحة أن يتقدم إلى دائرة المساكن بطلب تفسير منطوق حكمها اذا ما كان به غموض أو ابهام . ويقدم الطلب بالأوضاع المقررة فى قانون المساكن ، ويجوز تقديمه بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى عملا بالمادة ٣٦٦

والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذى يفسره ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية عملا بالمادة ٣٦٧ ، ومن ثم هو لا يقبل أى طعن عملا بالمادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧

ولما كان طلب التفسير لايمس حجية الحكم الصادر من دائرة المساكن ، ولايعتبر تقديمه تجريحا للحكم فانه يقبل على الرغم من أن الحكم الصادر من الدائرة لايقبل أى طعن . وكل هذا بشرط الا يتخذ تقديم هذا الطلب ذريعة للتوصل الى تعديل قضاء المحكمة ، وهذا مما لاتملكه لا بسبب عدم قابلية حكمها للطعن وانما بسبب استنفاذ ولايتها بالنطق به ، وهذه قاعدة متصلة بالنظام العام (١) .

ويشترط لقبول طلب تفسير الحكم أن يكون منطوقه مشوبا بغموض أو ابهام أو شك فى تفسيره يحتمل أكثر من معنى . **واذا كان مطلوب**

---

(١) الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٤٧٢ — وقد قلنا أن استناد سلطة المحكمة بمجرد النطق به أمر يتصل بالنظام العام ، بينما حجية الشى المحكوم به عملا بالمادة ٤٠٥ من القانون المدنى لا تتصل بالنظام العام . راجع أيضاً التعليق على نصوص قانون المرافعات عن المادة ٣٤٤ رقم (٢) .

الخصم — هو فى الواقع تعديل قضاء المحكمة فان طلبه لا يقبل (استئناف مختلط ١٧ مارس ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٤ ص ٢٣٥ واستئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٣٣ السنة ٤٥ ص ١٣٧) .

١٤ — (٣) طلب تصحيح مايقع فى منطوق حكم دائرة المساكن من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية :

تنص المادة ٣٦٤ على أن المحكمة تتولى تصحيح ما يقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة . ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

ولما كان تصحيح منطوق الحكم من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية لايعد من قبيل الطعن فيه ، فان طلب التصحيح يقبل بصدد حكم دائرة المساكن . ويشترط أن يكون مشوبا — فى منطوقه أو فى الأسباب المكملة له — بأخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، كالخطأ فى شق من اسم أحد الخصوم بشرط الا يكون هناك شك فى حقيقة شخصيته أو صفته ، وكالخطأ فى عملية حسابية تم أثر الحكم بمبادىء معينة أو الخطأ فى تاريخ معين (١) ويشترط أن يكون الخطأ قد أثر فى الحكم .

أما اذا كان خطأ المحكمة قد وقع فى تقدير الوقائع أو ارساء القاعدة القانونية عليها أو تفسيرها فانه لا سبيل إلى تصحيح الحكم لأنه لا يقبل أى طعن عملا بالمادة ١٥ .

ويتعين أن يكون تصحيح الحكم من واقع العناصر الثابتة فيه . وحكم بأن القاضى الذى أصدر الحكم يملك تكملة ما أغفل النص عليه من بيانات بشرط أن يكون الاغفال ماديا بحتا (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ أبريل ١٩٣٨ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٠ ص ٢٣٦ وأحكام محكمة الاستئناف المختلطة العديدة المشار اليها فى الجدول العشرى لمجلة التشريع والقضاء ٢٨ ١٩٣٨ ص ٣١٠٣ وما يليها .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ يوليه ١٩٢٧ جازيت باليه ٣ أكتوبر ١٩٢٧ — موريل رقم ٥٧٢

ولما كان الحكم الأصلى غير قابل لأى طعن فان القرار الصادر بالتصحيح أو برفضه لا يقبل هو الآخر أى طعن (راجع المادة ٣٦٥).

١٥ — (٤) الاشكالات الموضعية عند تنفيذ حكم دائرة المساكن :

لما كانت المادة ٤٧٩/١ من قانون المرافعات تنص على أن الاشكالات الموضعية فى تنفيذ حكم ماترفع إلى ذات المحكمة التى أصدرته ، ولما كان الاشكال لا يعتبر من قبيل الطعن أو التظلم فى الحكم المراد تنفيذه وانما هو منازعة متعلقة بتنفيذه وما اذا كانت شروط هذا التنفيذ قد توافرت أم لم تتوافر فان دائرة المساكن تختص بنظر سائر اشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة منها عملا بالمادة المتقدمة ، وذلك متى كانت موضوعية (١). أما الاشكالات الوقتية فترفع الى قاضى الأمور المستعجلة عملاً بالمادة ٤٩ والمادة ٤٧٩ من قانون المرافعات .

ومن أمثلة الاشكالات الموضوعية أن يطلب بطلان التنفيذ لأنه لم يسبقه المقدمات التى أوجبها القانون أو بسبب تنفيذ على مال لا يجوز التنفيذ عليه ، أو بسبب انعدام الحكم المراد تنفيذه وفقا لما سوف نراه (٢) .

١٦ — (٥) طلب انعدام حكم دائرة المساكن :

سوف نرى عند دراسة حكم دائرة المساكن — أنه اذا ما أصدرت حكما معدوما فانها لاتكون قد استنفدت ولايتها بالنسبة للنزاع ، فالمحكمة لاتنتهى مهمتها الا باصدار الحكم فى الدعوى سواء أكان صحيحا أم قابلا للطعن ، انما لا تنتهى مهمتها بأمر معدوم ، واذا كانت الخصومة معدومة فتعد هى والحكم الصادر فى حكم العدم . ومن ثم فالدعوى بطلب انعدام حكم ترفع الى ذات المحكمة التى أصدرته بطلب سحبه وإعادة النظر فى الموضوع — اذا شاء ذلك صاحب المصلحة وبشرط استيفاء ما كان سببا فى انعدام انعدام الحكم — وتستكمل الاجراءات من آخر اجراء صحيح تم فى الخصومة ، أو تعاد الخصومة من جديد باجراء صحيح اذا كانت الأولى معدومة (٣) .

---

(١) القاهرة الابتدائية ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ رقم ٣٩٣٤ سنة ١٩٥٧

(٢) أنظر الأمثلة العديدة فى هذا الصدد فى كتابنا « اجراءات التنفيذ » رقم ١٥٠ وما يليه .

(٣) كتابنا « نظرية الأحكام » رقم ١٤٥

١٧ — اختصاص القضاء المستعجل فى صدد دعاوى الايجار :

يخطىء من يتصور أنه اذا خص المشرع محكمة معينة بالفصل فى دعاوى معينة فان اختصاص القضاء المستعجل يزول ويتلاشى فى هذا الصدد ، وذلك لأن القضاء المستعجل ينهض على أساس فكرة الحماية العاجلة التى لا تهدر حقا ولا تكسبه . ولقد تطورت سلطة القاضى المستعجل نظراً لتطور الأحوال الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية فى العالم ، وأصبحت له حرية كبيرة فى التقدير ، وسوف تزداد هذه الحرية مع تطور المجتمع .

واذن ، فالقضاء المستعجل دعامة أساسية ، به يطمئن سائر المتقاضين إلى اسعافهم — عند الحاجة — بقرار سريع التنفيذ يفسد على المشاكس نواياه ويجنب خصمه مفاسده .

وأياكانت الأحوال التى يجوز فيها انهاء عقد الايجار ، وسواء أكان منصوصا عليها فى القانون المدنى أم فى قانون المساكن ، وأيا كانت المحكمة الموضوعية المختصة بنظر موضوع النزاع وسواء أكانت هى المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال أم غيرها ، فان اختصاص القضاء المستعجل لايتعدل ولا يتغير فى هذا الصدد، اذ هو يمنح حمايته العاجلة لذى الحق الظاهر متى توافر ركن الاستعجال، وهذه الحماية لا تمس أصل الحق المدعى به . كل هذا ما لم ينص القانون على حرمان القضاء المستعجل من اختصاصه بنص صريح . وفيما يلى أحوال اختصاص القضاء المستعجل فى صدد دعاوى الايجار ، وبعضها لايتصل بإعمال ذات قانون المساكن ، وبعضها يتصل باثبات وقائع للاستناد اليها فى نزاع موضوعى مستقبل قد يتصل بقانون المساكن ، وبعضها يتصل بما نص عليه قانون المساكن ، وبعضها يقوم عند انهاء العلاقة الايجارية بارادة المستأجر ، وبعضها يتصل بالاشكالات الوقتية التى تنشأ عن تنفيذ أحكام دائرة المساكن .

وجدير بالذكر أن اختصاص القضاء المستعجل مشروط بطبيعة الحال بعدم المساس بالقاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق ، فمثلا اذا منع قانون

المساكن طرد المستأجر فى أحوال تجيز فيها نصوص القانون المدنى هذا الطرد فان القاضى المستعجل لا يملك الطرد فى هذه الأحوال والا فانه يكون قد أهدر القاعدة الموضوعية . كذلك اذا قيد المشرع إعمال القاعدة القانونية بقيد ما ، فان القاضى المستعجل لا يملك السماح للخصوم بالتحرر من القاعدة بالالتجاء اليه ، وفقاً لما سوف نراه .

١٨ — اختصاص القضاء المستعجل فى أحوال لا تتعلق بقانون المساكن :

مما لا شبهة فيه ولا خلاف أن القضاء المستعجل يختص بسائر الدعاوى المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت متى كانت لا تتصل بقانون المساكن . فقد يحدث أن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين المؤجرة فى الوقت المتفق عليه .. ويترتب على ذلك الأضرار بحقوق المستأجر بصورة يتعذر درؤها بالالتجاء الى القضاء العادى ، كأن يكون قد ترك العين التى كان يقيم فيها ونقل منقولاته فى طريقه الى العين الجديدة ... الخ ، ويشترط فى هذا الصدد أن يكون عقد الايجار مكتوبا أو غير مجحود من جانب المؤجر (١).

كما يختص القضاء المستعجل بالمفاضلة بين ايجارتين أو أكثر للفصل فى النزاع على تسليم العين المؤجرة ، كل هذ بشرط عدم المساس بأصل الحق (٢) .

ويملك القضاء المستعجل التصريح للمستأجر بأجراء الاصلاحات الضرورية أو المتفق عليها فى العقد قبل الدخول فى العين المؤجرة اذا اتضح من تقرير الخبير المعين عدم قيام المؤجر بها ، بل لقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٥٨٥ مدنى وان أوجبت على المستأجر أن يبادر الى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة أو ينكشف بها عيب ، فليس مؤدى هذا النص أن يكون لزاما على المستأجر

(١) ، (٢) راتب ونصر الدين كامل — قضاء الأمور المستعجلة رقم ٢١٢ وما يليها . ومابعد

ان يرفع دعوى لاثبات حالة العين المؤجرة قبل قيامه بالاصلاحات (١). كما يملك القضاء المستعجل التصريح للمؤجر باجراء الترميمات الضرورية فى العين المؤجرة .

هذا ويلاحظ أنه اذا ثار خلاف الخصوم أمام القضاء المستعجل حول اعتبار النزاع الموضوعى خاضعا لقانون المساكن أو غير خاضع له ، فان العبرة بكون هذا النزاع جديا أو غير جدى ، فاذا كان نزاعا غير جدى وكان الوضع القانونى ظاهرا لايحتاج الى أى بحث أو تأويل جاز للقاضى المستعجل الاعتداد بالحالة الظاهرة . ولقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الخلاف بين طرفى الدعوى على اختصاص القضاء المستعجل انما نشأ عن خلافهما على نوع الدعوى ، اذ يقول أحد طرفيها انها دعوى اخراج مستأجر من مكان مسكون يخضع لقانون المساكن ويقول الطرف الآخر انها دعوى اخراج مستأجر من عين لايجيز عقد الايجار اعدادها للسكنى ، ثم اعتبر الحكم الدعوى دعوى اخراج مستأجر من مكان مسكون ورتب على هذا عدم اختصاص القضاء المستعجل بنظرها ، فانه يكون قد فصل فى اختصاص مبناه نوع القضية (٢).

١٩ — اختصاص القضاء المستعجل باثبات وقائع للاستناد اليها فى نزاع موضوعى مستقبل ولوكان مما نص عليه قانون المساكن :

لما كان القضاء المستعجل يختص بنظر الدعاوى باثبات وقائع تمهيدا لرفع الدعوى الموضوعية فى المستقبل ، وذلك متى توافرت الشروط المقررة، فان هذا القضاء يختص ولوكان النزاع الموضوعى مما نص عليه قانون المساكن ، بل ولوكان هذا النزاع الموضوعى قد رفع بالفعل الى دائرة المساكن (٣) لأن رفع الدعوى الموضوعية لا ينزع الاختصاص من القاضى المستعجل عملا بالمادة ٤٩ من قانون المرافعات .

---

(١) نقض ١٧ مارس ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٧١١

(٢) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٢٧٨

(٢) راتب ونصر الدين كامل ٢١٠

٢٠ — اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد فى قانون ايجار المساكن :

قدمنا أن اختصاص محكمة ما بنظر منازعات موضوعية معينة على أساس موضوعى معين لا ينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر المنازعات المستعجلة المتصلة بها ، وذلك لأن لكل نزاع وجهين ، وجه موضوعى ووجه مؤقت ، ويصدر فى الحالة الاولى حكم موضوعى قطعى ويصدر فى الحالة الثانية حكم مؤقت يحوز حجية مؤقتة . ولا يختلف هذا النظر ولو حدد المشرع الاختصاص الموضوعى لمحكمة معينة وخصها به وحدها ، أو وضع قواعد موضوعية خاصة فى هذا الصدد .

واذن ليس ثمة مايمنع القضاء المستعجل من الحكم بطرد المستأجر اذا توافر فى طلب الطرد ركن الاستعجال على ماهو مقرر فى هذا الصدد ، وحكمه يكون حكما وقتيا لا يحوز الحجية عند نظر الدعوى الموضوعية بالطرد أمام محكمة الموضوع [١] فالقاضى المستعجل يملك طرد المستأجر اذا استعمل العين المؤجرة استعمالا ضارا بها ضررا جسيما أو استخدمها للدعارة [٢] الخ ...

كما يملك القضاء المستعجل طرد المستأجر الذى قام بالتأجير من الباطن بغير اذن من المالك وبشرط توافر ركن الاستعجال [٣] .

ويملك القضاء المستعجل طرد المستأجر الذى يتخلف عن الالتزام بدفع الاجرة ، وانما اختلف الرأى فيما اذا كان يلزم تكليف المستأجر بوفاء الاجرة قبل رفع الدعوى بخمسة عشر يوما عملا بقانون المساكن ، على تقدير أنه لايعتبر متخلفا عن الوفاء بحكم القانون الا اذا انقضى الميعاد المتقدم بعد تكليفه به . ويتجه رأى آخر الى أن التكليف بالوفاء وانقضاء الميعاد المتقدم هى شروط لقبول الدعوى الموضوعية بالطرد ، أما الدعوى

---

(١) أنظر فى تأييد هذا الرأى راتب ونصر الدين كامل رقم ٢٣١
(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩٤٢ مجلة التشريع والقضاء ٥٤ ص ٢٣٩
(٣) المرجع السابق رقم ٢٢٦

المستعجلة فلا محل لاشتراط ذلك بصددها لانه يتنافى مع الاستعجال ويتنافر مع طبيعة الدعوى المستعجلة ، هذا فضلا عن أن الفسخ التلقائى لعقد الايجار انما يقع بمجرد وقع المخالفه المعلق عليها الشرط الصريح الفاسخ فمتى علق هذا الشرط فى العقد على الامتناع عن وفاء الاجرة دون قيد آخر وقع الفسخ التلقائى بمجرد ارتكاب هذا التخلف عن الوفاء واصبحت يد المستأجر يد غصب تقضى المبادرة بالالتجاء الى القضاء المستعجل لرفع هذا الغضب (١) .

ومع ذلك نحن نتجه الى الرأى الأول ذلك لأن المشرع فى قانون المساكن قصد التيسير على المستأجر ، ومنحه فسحة زمنية دون الاعتداد بالفسخ التلقائى للعقد المقرر فى منصوصه . واذا كان هذا هو مايعنيه المشرع ، مخالفا بذلك القواعد المقررة فى القانون المدنى فانه يلزم الاحترام فى جميع الأحوال والا انتهى الأمر الى الالتجاء الى القضاء المستعجل فى كل الأحوال بمجرد التخلف عن الالتزام بدفع الاجرة فى الميعاد ، وبذا يتحلل المؤجرون من القواعد المقررة فى قانون المساكن ، وهى قواعد آمرة من النظام العام .

هذا ويلاحظ أن القضاء المستعجل لايختص بالطرد فى صدد ما تضمنه قانون المساكن من قواعد تخالف القانون المدنى بالنسبة لامتداد عقود الايجار (٢) .

٢١ ـ اختصاص القضاء المستعجل بعد انهاء العلاقة الايجارية بارادة المستأجر :

يحدث أن يتفق المستأجر مع المؤجر على انهاء الايجار فى تاريخ معين ، بل يحدث أن ينذر المستأجر المؤجر بانهاء الايجار فى تاريخ معين ، وهنا ينتهى أثر قانون الايجار . وفى هذه الصور يتعين على المستأجر ترك العين

---

(١) راتب ونصر الدين رقم ٢٣٨

(٢) المرجع السابق رقم ٢٥٣ ورقم ٢٥٧

المؤجرة فى التاريخ الذى حدده هو بنفسه، ولا يملك التحدى بقانون المساكن ، فهو فى ظله أنهى الايجار ، وتخلى عن حماية المشرع له . فالمشرع حين أمر بامتداد عقود الايجار جبرا عن المؤجر قد راعى جانب المستأجر قاصدا حمايته ، وباتفاق المستأجر على الاخلاء يكون قد تخلى المشرع له . ومتى انقضى الميعاد المحدد للاخلاء اعتبر المستأجر فى حكم المغتصب وجاز طرده بحكم من القضاء المستعجل ، بعد التحقيق من سلامة الاتفاق . فاذا نشأ نزاع جدى بصدد حصول هذا الاتفاق أوعدم حصوله ، أو بصدد حصول الانذار المتقدم أو عدم حصوله ، أو تمسك المستأجر بانكار الاتفاق أو بتزويره ... امتنع على القاضى المستعجل الحكم بالطرد .

٢٢ — اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ أحكام دائرة المساكن :

لاشبهة فى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الاشكالات الوقتية عند تنفيذ أحكام المساكن ، فهذه الاشكالات لاتعد من قبيل الطعن فى الحكم المراد تنفيذه ، وانما هى تتعلق بالمنازعات الوقتية بصدد توافر شروط التنفيذ أوعدم توافرها ، ويقضى فى شأنها بوقف التنفيذ مؤقتا أو بالاستمرار فيه ريثما يفصل فى أصل الحق وهو هنا الاشكال الموضعى فى التنفيذ .

الفصل الثاني

اجراءات رفع الدعوى ونظرها

٢٣ – الاجراءات المقررة – جواز اتباع القواعد العامة :

رسم قانون المساكن اجراءات استثنائية لرفع الدعوى قصد بها التيسير على الخصوم ، فنص فى المادة ١٥ على أن يكون رفع الدعوى بطلب من ذوى الشأن الى قلم كتاب المحكمة . وعلى قلم الكتاب أن يعطى الطالب ايصالا بتسلم الطلب وأن يرفع الطلب فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه الى رئيس الدائرة المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع . ويقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ويفصل فى النزاع على وجه الاستعجال (١) .

ولما كان المقصود من تلك الاجراءات الاستثنائية هو التيسير على المدعى فقد جرى العمل على اجازة رفع الدعوى بالطرق المعتادة ولو تعلقت

---

(١) يلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ لايمس المادة ١٥ من قانون المساكن، ذلك لأن المادة ٦٩ من قانون المرافعات تنص على أن الدعوى ترفع بتكليف بالحضور ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك . أما المادة ١١٨ من القانون معدلة بالقانون رقم ١٠٠ فلا يقصد منها الا تقرير قاعدة عامة مقتضاها انه بالنسبة للدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة تتبع بصددها القواعد العامة فى رفع الدعاوى دون أن تمس فى هذا الصدد أى نص خاص يقرر قواعد استثنائية فى رفع الدعوى . وبعبارة أخرى ، على ما تقرره المادة ١١٨ هو مجرد تقرير تلك القاعدة العامة المتقدمة ، أما حيث ينص أى قانون خاص على قاعدة استثنائية معينة سواء بصدد طريق رفع الدعوى أو ميعاد الطعن فى الحكم فانها يجب أن تسرى ولا يتصور أن ينسخ القانون العام قاعدة خاصة فى قانون خاص .

بتطبيق قانون المساكن ، فالمدعى بذلك ينزل عن الطريق السهل الذى حاباه به المشرع (١) .

ومن الجائز ، من باب أولى ، احالة الدعوى المرفوعة بالطريق المعتاد الى دائرة المساكن ، ومتى رفعت الدعوى صحيحة وانعقدت الخصومة باعلان المدعى عليه ، فلا يتحتم بعدئذ على قلم الكتاب اتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة ١٥ المتقدمة (٢) .

ولايترتب على اختيار الطريق المعتاد لرفع الدعوى بدلا من الطريق السهل أن تتعدل طبيعة الدعوى أوالاجراءات الواجبة التطبيق ، فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لايقبل أى طعن على النحو المقرر فى المادة ١٥ (٣) .

ومن ناحية أخرى ، اذا رفعت الدعوى بالطريق المقرر فى قانون المساكن ثم رأت الدائرة أن الدعوى ليست ناشئة عن تطبيق قانون ايجار الاماكن فانها تنظرها بطبيعة الحال ، متى كانت مختصة بنظرها طبقا للقواعد العامة ، والعبرة فى هذا الشأن أن تنعقد الخصومة صحيحة وأن تتخذ بصددها كامل الاجراءات المقررة فى رفع الدعوى سواء تلك التى نص عليها قانون المرافعات بمراعاة احكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أم تلك التى نص عليها قانون المساكن .

وبعبارة أخرى ، اذا رفعت الدعوى عملا بالمادة ١٥ بطلب قدم الى قلم كتاب المحكمة ، فمن الواجب أن تستكمل الاجراءات بان تحدد جلسة بواسطة رئيس الدائرة المختصة ، وأن يعلن الخصوم بها قبل انعقادها بخمسة أيام على الاقل باعلان على يد محضر أو بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، سواء بواسطة رافع الدعوى أم قلم الكتاب . واذا رفعت الدعوى عملا بالمادة ٦٩ ومايليها من قانون المرافعات ، وقدم المدعى الى قلم الكتاب صحيفتها عملا

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٤ ابريل ١٩٥٦ القضية رقم ٤٣٦٩ سنة ١٩٥٥ كلى مصر و١٧ مارس ١٩٥٧ رقم ٩٢٧ سنة ١٩٥٥ كلى مصر .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٠ فبراير ١٩٥٥ رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٥

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير ١٩٤٧ السنة ٥٩ ص ٦١

بالمادة ٧٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فمن الواجب أن تستكمل الاجراءات رفقا لاحكام قانون المرافعات ، ولاتستكمل وفقا لاحكام قانون ايجار الاماكن بمعنى أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة الى قلم المحضرين يترتب عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٨ معدلة بمقضى القانون رقم ١٠٠ ، وذلك لأن اختيار الطريق المقرر لرفع الدعاوى والنزول عن الطريق السهل من جانب المدعى يترتب عليه أن يتحمل هو مغبة اختيار الطريق الذى اختاره ، ولايملك التحدى بتلك القواعد السهلة فى رفع الدعوى والتى لم تقرر جزاء فى هذا الصدد ، لان محل التحدى بها أن تبدأ الاجراءات وتنتهى على وفقها .

٢٤ — كيف يرفع الطلب — بياناته — توقيع محام عليه — بطلانه — كيفية التمسك بالبطلان :

تنص المادة ١٥ على أن الدعوى ترفع بطلب يقدم الى قلم كتاب المحكمة . ولم تذكر المادة بيانات هذا الطلب ، وان كان المؤكد انها مادامت تقول « أن المنازعات ترفع بطلب ...» أن تكون بيانات هذا الطلب هى البيانات العامة الواجب توافرها فى صحيفة الدعوى مالم يستبعد أى بيان منها بصريح نص المادة ١٥ المذكورة ، أوباعتبار أن الطلب لا يعد من أوراق المحضرين . ومن ثم يتعين أن يشتمل الطلب على البيانات الآتية :

١ — اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنهواسم من يمثله ولقبه ومهنته وموطنه كذلك إن كان يعمل لغيره .

٢ — اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن معلوما وقت الاعلان فآخر موطن كان له .

٣ — وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعى واسانيدها .

٤ — موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة اذا لم يكن له موطن فيها .

٥ ــ المحكمة المرفوعة اليها الدعوى .

٦ ــ توقيع محام مقبول أمام المحكمة المرفوع اليها النزاع على نحو ماقررته المادة ٢٥ من قانون المحاماة (رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) .

ويبطل الطلب اذا كان يجهل بالمدعى أو بالمدعى عليه أو بالمدعى به . وبعبارة أخرى المقصود بالبيانات المتصلة بالمدعى أو بالمدعى عليه هو التعريف بهذا أو ذاك معرفة نافيه للجهالة ، بحيث اذا ورد بها نقص أوخطأ فانه لا يؤدى الى البطلان الا اذا كان يجهل به ، ولعل هذا نادر بصدد دعاوى الايجار.

ويكفى أن يكون مطلوب المدعى واضحا بحيث اذا لم تذكر وقائع الدعوى تفصيلا أو أدلتها فان ذلك لايؤدى الى البطلان .

كذلك لايبطل الطلب اذا لم يحدد المدعى له فيه موطنا مختارا فى البلدة التى بها مقر المحكمة ولو لم يكن له موطن فيها ، وعندئذ يصح اعلانه فى قلم كتاب المحكمة بجميع الاوراق التى كان يصح اعلانه بها فى الموطن المختار على النحو المقرر فى المادة ١٣ من قانون المرافعات .

كما لايبطل الطلب اذا لم يذكر فيه اسم المحكمة المرفوعة اليها الدعوى مادام هو مقدم بالفعل الى تلك المحكمة ، وما دام أن اعلان المدعى عليه بالجلسة يتضمن بيان تلك المحكمة .

أما اذا لم يوقع على الطلب أحد المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية فانه يكون باطلا بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (١) ، ولو كانت قيمة الدعوى لاتجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى (٢) ، وذلك لأن المشرع قد نص فى المادة ٢٥ /٤ من قانون المحاماه على انه لايجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية الا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، واذا كان القانون فى المادة ٢٥ /٥ منه لايوجب توقيع المحامى على صحف الدعاوى التى لاتجاوز قيمتها النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى فان ذلك مشروط

---

(١) القاهرة الابتدائية ٢٦ أبريل ١٩٥٨ و ١٧ مايو ١٩٥٨ و ٢٢ مارس ١٩٥٨ و ٢٩ مارس ١٩٥٨ وقد اشار اليها مؤلف الدكتور سليمان مرقص رقم ١٢٩

(٢) القاهرة الابتدائية ١٤ نوفبر ١٩٥٧ رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥٧ كلى مصر .

بأن تقدم تلك الصحف الى المحاكم الجزئية ، أما اذا كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الابتدائية وقدمت بالفعل اليها وجب توقيع المحامى والاكانت الصحيفة باطلة بطلانا متصلا بالنظام العام .

وغنى عن البيان أن محكمة النقض قد استقرت على أن جزاء عدم توقيع المحامى هوبطلان من النظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

وانما لايلزم أن يكون المحامى الذى يوقع الطلب موكلا عن المدعى لأن كل مقصود المشرع ضمانا لصياغته هو توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة التى يرفع اليها الطلب (٢) .

ومن ثم من الجائز عملا أن يرفع الطلب باسم محام نيابة عن الاصيل ، ويوقعه محام آخر مقبول أمام المحكمة المرفوعة اليها الدعوى ، ومن الجائز أن يوقع الطالب محام وكل عن الخصم بعد رفع الدعوى .

والجدير بالذكر أنه إعمالا للقاعدة المستحدثة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى تنص على جواز تصحيح الأجراء الباطل بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر لاتخاذه ، يجوز استيفاء توقيع المحامى فى الجلسة ، وقد نصت على ذلك صراحة المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠

ويتشكك البعض فى إعمال القاعدة المتقدمة بالنسبة لما نص عليه قانون المحاماة من بطلان مقرر فى المادة ٢٥ منه على اعتبار أن تلك المادة تنص صراحة على أنه **لا يجوز تقديم** صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية الااذا كانت موقعة من أحد المحامين المقبولين أمامها ، ومن ثم يتخلف نهائيا

(١) راجع الأحكام العديدة المشار اليها فى كتاب نظرية الدفوع رقم ١٠١ ومايليه ورقم ١٥٦ وراجع الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٧٣

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى كتاب الأحكام رقم ٣٩٩ والأحكام العديدة المشار اليها فيه . وراجع المادة ٧ من قانون النقض معدله بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢

ما أمر به القانون ووقع الجزاء المتصل بالنظام العام بصدده بمجرد تقديم الصحيفة دون أن تكون موقعة من المحامى .

ولكن هذا القول خطأ ، وفيه مخالفة صريحة للقانون لأن أوامر القانون ونواهيه الاساسية التى يرتب جزاء البطلان لمخالفتها تكون قد أهدرت بمجرد اتخاذ الاجراء دون الاعتداد بها . ومع ذلك يجيز القانون فى المادة ٢٥/٢ تصحيحه متى كان ذلك فى خلال الميعاد المقرر ثم أن المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ تنص على المثال المتقدم صراحة .

وبالنسبة الى البيانات التى يوجب القانون توافرها فى أوراق المحضرين عملا بالمادة العاشرة من قانون المرافعات فانه لايلزم توافرها فى الطلب – بل لايتصور ذلك – لأن الطلب لا يعد من أوراق المحضرين .

وبالنسبة الى بيان جلسة نظر الطلب فانها لاتحدد الابعد تقديمه بواسطة رئيس الدائرة على النحو الذى نذكره فيما بعد .

واذ لايعتبر الطلب المتقدم من أوراق التكليف بالحضور فان حضور المدعى عليه فى الجلسة لايسقط الحق فى التمسك بالبطلان لأى سبب من الاسباب. وعلى أى حال فان المادة ١٤٠ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ – والتى تنص على ان بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الاعلان أوفى بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه فى الجلسة – هذه المادة لامحل لاعمالها فيما نحن بصدده ؛ لأن الطلب المتقدم لايتضمن بيان تاريخ الجلسة ، ولا يعلن هو فى ذاته ، ولا يبطله عدم ذكر المحكمة متى رفع بالفعل اليها وقبله قلم كتابها .

أما البطلان الذى يتصل باعلان المدعى عليه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى فسوف ندرسه تفصلا فيما بعد .

واذن البطلان المتعلق بالطلب المتقدم لايزول بحضور المدعى عليه فى الجلسة، وانما هو يملك التمسك به على صورة دفع شكلى يبدى قبل التكلم فى

الموضوع وقبل ابداء أى طلب أو دفع شكلى آخر ، والاسقط الحق فى الادلاء به .

وبعبارة أخرى توجب المادة ١٣٢ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ ابداء سائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات معا قبل التكلم فى الموضوع والاسقط الحق فيما لم يبد منها . وحتى اذا ابدى الخصم دفعا شكليا متصلا بالنظام العام فى بدء النزاع فان هذا لايعفيه من ضرورة ابداء سائر الدفوع الشكلية معه والاسقط فيما لم يبد منها . وبعبارة ثالثة ، اذا كان من الجائز أبداء دفع شكلى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات لاتصاله بالنظام العام فان هذا لايخل بالقاعدة الاساسية التى توجب عند ابداء أى دفع شكلى التمسك بسائر الدفوع الشكلية الاخرى والاسقط الحق فيما لم يبد منها .

٢٥ ـ تحديد جلسة لنظر النزاع واعلان الخصوم بها وميعاد الحضور فى هذا الصدد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ على أن على قلم الكتاب أن يعطى الطالب إيصالا بتسلم الطلب وأن يرفع الطلب فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه الى رئيس الدائرة المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع .

وتنص الفقرة الثالثة على أن يقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الاقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وواضح من النصوص المتقدمة أنها تخالف القواعد المقررة فى قانون المرافعات سواء بالنسبة الى تحديد الجلسة أو بالنسبة الى اعلان الخصوم بها أوبالنسبة الى مواعيد التكليف بالحضور .

فالمادة ١٥ توجب على قلم الكتاب رفع الطلب الى رئيس الدائرة فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسلمه اليه ، وذلك ليحدد الجلسة ، ولايترتب ثمة بطلان اذا مارفع الطلب الى الرئيس بعد هذا الميعاد ، وان كان المخالف

يتعرض لجزاء ادارى . ولا يتطلب القانون أن تتحدد الجلسة فى خلال ميعاد معين من يوم تقديم الطلب .

ويوجب القانون أن يتولى قلم الكتاب ابلاغ اطراف الخصومة بمضمون الطلب وتاريخ الجلسة . ولايقصد من عبارة « مضمون الطلب » اعلان الخصوم بصورة منه بل يكفى اعلانهم ببياناته الاساسية المتعلقة باسماء الخصوم وموطن كل منهم ومطلوب المدعى وتاريخ الجلسة المحددة لنظره والمحكمة المقدم الطلب اليها .

ويتم الاعلان بوساطة قلم الكتاب لا المدعى ، ويتم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول .

ويكون علم الوصول الموقع عليه من جانب المدعى عليه (أو ممن تسلمه فى موطنه وكانت له صفة فى هذا الصدد) هو الدليل الوحيد على حصول الاعلان (١) ، فلا يكفى فى هذا الصدد ابراز ايصال مصلحة البريد الذى يسلم الى الراسل عند تقديمه الرسالة اليها لانه لايدل فى ذاته على حصول الاعلان وعلى تسلمه من جانب المراد اعلانه .

ويكفى أن يتسلم الخطاب الموصى عليه أحد المنتسبين الى موطن المرسل اليه سواء أكان قريبا له أم صهرا أم أحد ابنائه (بشرط الاقامة معه) أم زوجه أم خادما أم بوابا أم سائقا أم وكيلا ، على أن يوقع هذا بما يفيد تسلمه الخطاب . وعند تمسك المرسل اليه بعدم تسلمه الرسالة بمقولة ان الذى تسلمها لاعلاقة له به ولم يسلمها بدوره اليه فلا مفر من احالة هذا الطلب الى التحقيق لاثبات هذه الواقعة المادية أو نفيها بشهادة الشهود (٢) .

ويجوز أن يتم الاعلان المتقدم على يد محضر ، وفى هذه الحالة يكون أصل الاعلان هو الدليل على حصوله .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى استئناف الاسكندرية ٢٤ أبريل ١٩٥٢ مجلة التشريع والقضاء ٥ عدد ٤ ص ٢٣

(٢) أنظر الطبعة الثالثة من كتاب التنفيذ رقم ٨٣ فى صدد تحديد أصحاب الصفة فى تسلم الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول وفى الاعتداد بتوقيعهم عليه .

وليس ثمة مايمنع من أن يتم اعلان المدعى عليه بوساطة المدعى بخطاب موصى عليه بعلم وصول أو باعلان على يد محضر على النحو المتقدم .

ولايجوز للمحكمة بأى حال من الأحوال أن تنظر موضوع الدعوى عند غياب المدعى عليه الا بعد أن تتحقق من صحة اعلانه على النحو المتقدم ، والا وجب عليها تأجيل نظر الدعوى الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة المدعى، عملا بالمادة ٩٥م مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وهى تقرر أنه اذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان تكليفه بالحضور وجب عليها تأجيل القضية الى جلسة تالية يعاد تكليفه بالحضور فيها تكليفا صحيحاً بواسطة خصمه .

وليس ثمة ما يمنع المحكمة من الزام قلم الكتاب باجراء هذا الاعلان بخطاب موصى عليه بعلم وصول على النحو المقرر فى المادة ١٥ /٣ من قانون المساكن . واذا كان الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى هو المدعى وجب أيضاً تأجيل القضية الى جلسة تالية مع تكليف قلم الكتاب باعلان المدعى بها بمقتضى خطاب موصى عليه بعلم الوصول .

وميعاد التكليف بالحضور هو خمسة أيام على الأقل ، وهذا يخالف الميعاد المقرر فى المادة ٧٢ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ ، فهذه تحدد الميعاد بخمسة عشر يوما على الأقل .

ولما كان القانون رقم ١٠٠ لا يرتب ثمة بطلانا عند مخالفة مواعيد الحضور عملا بالمادة ٨٠ معدلة ، فان هذه القاعدة العامة واجبة التطبيق فيما نحن بصدده، وذلك بغير اخلال بحق المعلن اليه فى التأجيل لاستكمال الميعاد (م ٨٠ معدلة من قانون المرافعات) .

والذى يتمسك بالتأجيل لاستكمال الميعاد هو المدعى عليه أو من فى حكمه أما المدعى فمن الطبيعى أنه ما أقام الدعوى الا بعد أن استكمل بحثها ودراستها بواسطته وبواسطة محاميه ، ومن ثم لا يملك التمسك بالتأجيل لاستكمال ميعاد الحضور .

ويضاف الى الميعاد المتقدم ميعاد مسافة على النحو المقرر في قانون المرافعات ويجب أن يحترم هذا الميعاد بالنسبة لكل من المدعى والمدعى عليه .

٣٦– بطلان الاعلان أو عدم حصوله وكيفية التمسك بالبطلان :

لما كان الاعلان بخطاب موصى عليه بعلم وصول لايتم باعلان على يد محضر عملا بالمادة ١٥/٣ المتقدمة ، فانه لايعتبر من قبيل أوراق التكليف بالحضور ، لان المقصود بالاوراق فى قانون المرافعات هى تلك الاجراءات المكتوبة والتى تتم بوساطة رجال القضاء أو مساعديهم ، هذا على الرغم من أن المقصود من الخطاب الموصى عليه فى المادة ١٥ /٣ هو تكليف المدعى عليه الحضور فى يوم معين أمام محكمة معينة لسماع الحكم عليه فى دعوى مرفوعة عليه . ومن ثم حضور المدعى عليه فى الجلسة لا يسقط حقه فى التمسك ببطلان الاعلان لأن المادة ١٤٠ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ لاتطبق فى هذا الصدد – وهى تنص على أن بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الاعلان أو فى بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه فى الجلسة .

وليس صحيحا اتجاه الرأى الذى يبرر القاعدة المتقدمة بمقولة أنه اذا كانت الدعوى التى أعلن بها المدعى عليه خاضعة لقانون خاص يجعل الحكم فيها غير قابل لأى طعن كما هو شأن دعاوى الايجارات الخاضعة للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، فان المعلن اليه لايكون له حق المعارضة اذا تغيب ولايبقى له الا أن يحضر فى الدعوى ليتمسك فيها بالبطلان . فاذا حضر ودفع بالبطلان فلا يجوز رد دفعه بان حضوره قد أزال البطلان بل يحقق دفعه ويحكم له عند ثبوت صحته بعدم قبول الدعوى شكلا (١) .

نقول أن التبرير المتقدم غير صحيح ، لأنه اذا كان سليما واذا استقام لوجب فى جميع الاحوال التى يكون فيها الحكم غير قابل للطعن بالمعارضة والاستئناف الاخلال بالقاعدة الاساسية فى التشريع التى تقرر أن حضور

---

(١) قارن سليمان مرقص رقم ١٣٢ والقاهرة الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ١٣٨٤

المدعى عليه فى الجلسة يسقط حقه فى التمسك ببطلان ورقه التكليف بالحضور عملا بالمادة ١٤٠ .

فالسبب الوحيد الذى لا يعتبر الحضور بمقتضى المادة ١٥ /٣ من قانون المساكن مسقطا للتمسك بالبطلان ، هو أن ذلك البطلان لايعترى ورقة من أوراق المحضرين ، وانما يتصل بخطاب موصى عليه ، ولوكان الغرض المقصود منه هو دعوة الخصم للحضور أمام محكمة معينة فى يوم معين لسماع الحكم عليه فى دعوى مرفوعة عليه .

ولما كانت المادة ٢٥ /٢ مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تجيز تصحيح الاجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الاجراء ، وتجيز اذا لم يكن للاجراء ميعاد مقرر فى القانون أن تحدد المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ، فان المدعى يملك طلب التأجيل لتصحيح الاعلان أواستكماله ، كما يملك فى حضور المدعى عليه الادلاء بالبيانات الناقصة أو غير الصحيحة ، وعندئذ يجب أن يجاب المدعى عليه اذا ما تمسك بالتأجيل للاستعداد عملا بالمادة ١٠٨ والمادة ١٤٠ .

٢٧ـ اجراءات نظر الدعوى :

توجب المادة ١٥ /٤ من قانون ايجار الاماكن الفصل فى النزاع على وجه الاستعجال ، ولما كان كل المقصود من هذا التعبير ـ بعد تعديل قانون المرافعات بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ـ هو مجرد حث المحكمة على تعجيل نظر الدعوى ، فان هذا الاصطلاح ـ وهو لايختلف فى وضعه القانونى عن اصلاح نظر الدعوى على وجه السرعة ـ لايؤثر فى طريقة رفع الدعوى أونظرها عملا بالمادة ١١٨ المعدلة .

واذا تخلف المدعى والمدعى عليه عن الحضور فى أية جلسة محددة لنظر الدعوى وجب على المحكمة شطب الدعوى ، وهذا الشطب لايؤثر فى قيامها ، وانما هى تعتبر كأن لم تكن وتزول الآثار القانونية المرتبة على قيامها متى بقيت مشطوبة ستة أشهر عملا بالمادة ٩١ من قانون المرافعات .

واذا تخلف المدعى عن الحضور فى الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه وحده ، وجب إعمال المادة ٩٣ ، فان أبدى الاخير طلبات ما أو دفوع أجلت

المحكمة القضية الى جلسة أخرى يعلنه بها المدعى عليه . فان لم يحضر كان للمدعى عليه الخيار بين أن يطلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن وبين أن يطلب الحكم فى موضوعها . ويعتبر هذا الحكم حضوريا فى حقه . ويلاحظ أن الفقه والقضاء قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يرى بالنسبة للدعاوى التى يمنع القانون المعارضة فى الاحكام الصادرة فيها أنه لايكون تأجيل الدعوى واجبا اذا تخلف المدعى أوالمدعى عليه عن الحضور فى أول جلسة ، بل كان يجوز الفصل فيها بغير تأجيل ، على اعتبار أن الحكم الذى يصدر فيها لا تجوز المعارضة فيه ، فعلة التأجيل – وهى تفادى صدور حكم غيابى على الخصم يصعب منعه من الطعن فيه بالمعارضة – تنتفى فى هذا الصدد (١) . ومما لاشك فيه أنه بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أصبح تأجيل الدعوى واجبا فى كل الدعاوى عند تخلف المدعى وذلك عملا بالمادة ٩٣ . أما اذا كان المدعى عليه هو الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى فان التأجيل أيضا واجب بالنسبة الى كل الدعاوى عدا المستعجلة عملا بالمادة ٩٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠

وبعبارة عامة ، عند غياب الخصوم يجب إعمال قواعد قانون المرافعات (المادة ٩١ وما يليها) معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، هذا مع ملاحظة أنه اذا حضر المدعى أو المدعى عليه فى أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك (م ٩٢ معدلة) .

ولما كان الغرض المقصود من القواعد الخاصة المقررة فى المادة ١٥ من قانون المساكن هو تعجيل نظر الدعوى والفصل فيها ، ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد استحدث قواعد لنظر الدعوى قصد بها

(١) كتاب المرافعات رقم ٣٧٨ والأحكام المشار اليها فيه والمذكرة التفسيرية للقانون .

هذا التعجيل ، فمن الواجب إعمال هذه القواعد الأخيرة بصدد منازعات المساكن .

فالمادة ١٠٨ معدلة تنص على أن المرافعة تجرى فى أول جلسة . وتنص على أنه مع مراعاة حكم المادة ٧١ (التى توجب على المدعى أن يرفق بصحيفة دعواه جميع المستندات التى تؤيدها) اذا قدم المدعى مستنداً كان فى امكانه تقديمه وقت ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة ، جاز الزامه بغرامة لا تجاوز خمسة جنيهات بحكم لايقبل الطعن . ومع ذلك يجوز له أن يقدم مستندات رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة .

أما نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٨ التى توجب على المدعى عليه فى سائر الدعاوى عدا المستعجلة أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل ، هذه الفقرة لا يجوز إعمالها فى صدد منازعات المساكن لأن ميعاد الحضور فى شأنها هو خمسة أيام فقط ، فلا يتمكن من اعداد دفاعه فى يومين ، بينما ميعاد الحضور فى الدعاوى الأخرى عملا بالاصل العام فى التشريع هو خمسة عشر يوما (م ٧٢ معدلة)

وليس ثمة ما يمنع المحكمة من إعمال الجزاءات المقررة فى المادة ١٠٩ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

٢٨– متى تسرى الآثار المترتبة على رفع الدعوى بمقتضى قانون ايجار الأماكن :

لما كانت المادة ١٥ من قانون ايجار الأماكن تجيز رفع الدعوى بطلب يقدم الى المحكمة المختصة ، كما قدمنا ، ثم بعدئذ يعلن الخصوم بالجلسة التى يحددها رئيس الدائرة بعد عرض الطلب عليه ، فان مجرد تقديم الطلب الى المحكمة يقطع التقادم على وفق ما تقرره المادة ٣/٧٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أما باقى الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى فلا تسرى الا باعلان المدعى عليه بها وبالجلسة المحددة لنظرها ،

وذلك على اعتبار أن المشرع فى القانون رقم ١٠٠ قد ارتأى أن يترتب قطع التقادم لصالح المدعى بمجرد تقديم الطلب الى المحكمة حتى لا يضار مما قد يترتب على عدم التمكن من إعلان خصمه على الفور لسبب قد يخرج عن إرادته ، ولايتصور أن يفيد المدعى من هذا الأثر اذا ما باشر الدعوى على مقتضى قواعد قانون المرافعات ولا يفيد منه باتباع القواعد المبسطة السريعة فى قانون المساكن . أما باقى الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى فلا تسرى فى حق المدعى عليه إلا من تاريخ إعلانه بالمدعى وبالجلسة المحددة لنظرها ، سواء باتباع القواعد العامة أم تلك المقررة فى قانون المساكن .

٢٩– الصفة الواجبة فى رافع الدعوى وفيمن ترفع عليه :

لما كان عقد الايجار يرتب بين طرفيه مجرد التزامات شخصية فان الدعاوى المتعلقة به لاترفع إلا من جانب أحد هذين الطرفين فى مواجهة الآخر ، على اعتبار أنها من الدعاوى الشخصية المنقولة .

وللسبب المتقدم لا يذكر قانون ايجار الأماكن عبارة المالك وانما يذكر فى غالبية نصوصه عبارة «المؤجر» لأنه هو طرف عقد الايجار فى جميع الأحوال (١) وقد يكون المؤجر غير المالك ، كما هو الحال بالنسبة الى المستأجر الأصلى اذا كان يملك التأجير من الباطن وبالنسبة الى صاحب حق الانتفاع أو مؤجر مال غيره (٢) .

ولا يعتد بالاجراءات التى تصدر عن المالك غير المؤجر (٣) ، ولو كان شريكاً للمؤجر فى العين المؤجرة اذا لم يكن من الممكن اعتبار المؤجر نائباً عنه .

---

(١) قارن المادة ٢ فقرة هـ من قانون المساكن .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٣ سبتمبر ١٩٤٥ المحاماه ٢٧ ص ٦٣٨.

(٣) القاهرة الابتدائية ١٣ سبتمبر ١٩٤٥ و١٨ أكتوبر ١٩٤٥ المحاماه ٢٧ ص ٦٣٧ و٥ مارس ١٩٥٣ القضية رقم ٣٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ . وأنظر أيضاً الاسكندرية الابتدائية فى ٢٣ أبريل ١٩٦٢ القضية رقم ٣٦٧ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ١٦ أبريل ١٩٦٢ القضية رقم ٢٩٢ لسنة ٦٢

واذا تعدد المؤجرون وجب أن تتخذ الاجراءات منهم جميعا أو على الأقل ممن يملكون منهم أغلبية الأنصبة فى العين المؤجرة ، فالمادة ٨٢٨ من القانون المدنى (فى باب الملكية الشائعة) تقرر أن العبرة فى ادارة المال الشائع برأى الشركاء الذين لهم أغلبية الأنصبة ، أما اذا انفرد أحدهم بالادارة دون أن يمثل تلك الأغلبية فان ادارته تنفذ اذا لم يعترض الباقون على ذلك ، ويعتبر بمثابة وكيل عنهم (١) ومن ثم اذا تملك اثنان عقاراً على الشيوع مناصفة ، وتولى أحدهما فقط تأجيره دون اعتراض من جانب الآخر صحت صفته فى هذا الصدد . وانما لاتثبت له صفة موالاة الاجراءات فى مواجهة المستأجر بعدئذ الا إذا استبان للمحكمة بقاء الوكالة المتقدمة عن الشريك الآخر . واذا تملك إثنان عقاراً على الشيوع وكان أحدهما يملك أكثر من النصف جاز له تولى أعمال الادارة وحده من اجاره أو موالاة أية اجراءات فى مواجهة المستأجر واذا تعدد الشركاء على الشيوع فيكفى أن تصدر أعمال الادارة ممن يمثلون أغلبية الأنصبة ، وتثبت الصفة بعدئذ فى انهاء العقد أو فسخه لمن يمثل تلك الأغلبية ولو لم يكن من بينهم بعض ممن أبرموا عقد الايجار .

---

(١) قضت محكمة الاسكندرية بأنه اذا كان عقد الايجار صادراً من أحد الشركاء جاز له وحده أن يتقدم بطلب الاخلاء للضرورة (الاسكندرية الابتدائية فى ١٩ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٢٤ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ١٥ يناير ١٩٦٢ رقم ٢٠١٠ لسنة ٦١ . وقضت أيضاً بأن دعوى الاخلاء تقبل اذا رفعت من جانب شريك غير مؤجر متى كان ذلك بموافقة الشريك المؤجر (الاسكندرية الابتدائية فى ١٩ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٢٤ لسنة ٦٢) .

وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية بأنه اذا اعترف المستأجر فى انذار له على يد محضر عرض فيه الأجرة – بأنها من حق شريك واحد دون سواه بصفته مؤجراً فلا يملك بعدئذ التمسك بانتفاء صفته خاصة اذا قدم الشريك ما يدل على موافقة الشركاء على قبضه وحده للايجار (الاسكندرية الابتدائية فى ١٥ يناير ١٩٦١ القضية رقم ٢٠١٠ لسنة ٦١ مدنى كلى) .

وكقاعدة عامة يجوز رفع دعوى الاخلاء للضرورة من جانب أحد الشركاء ولو لم يملك أغلبية الأنصبة ما دام قد تقدم الى المحكمة ما يثبت موافقة باقى الشركاء على اخلاء الشقة لصالح ذلك الشريك (راجع الاسكندرية الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ١٧٠٤ لسنة ٦١ مدنى كلى و٣١ مارس سنة ١٩٦٢ القضية رقم ٢١٠٢ لسنة ٦١ ق ، والاسكندرية الابتدائية فى ١٧ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٩٣ سنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ١٦ ابريل ١٩٦٢ القضية رقم ٢٩٢ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ٢٣ أبريل ١٩٦٢ القضية رقم ٣٦٧ لسنة ٦٢)

ويستقيم كل ماتقدم ولو طلب اخلاء المسكن بسبب الضرورة ، فاذا تعدد الشركاء على الشيوع ، وجب أن يصدر طلب الاخلاء للضرورة التى يقررها قانون الايجار للمؤجر — من جانب من يمثل أغلبية الأنصبة ، ولو كان المقصود من الطلب هو الاخلاء لاقامة أحدهم فقط ، لأن الادارة لا تثبت الا لهؤلاء فقط ، واذا باشر الدعوى ذلك الشريك الذى تلجؤه الضرورة لاستعمال العين وحده دون أن يمثل أغلبية الأنصبة وجب اقرار من يكمل تلك الأغلبية لوكالته عملا بالمادة ٨٢٨ من القانون المدنى المتقدمة الاشارة اليها .

ومن ناحية أخرى لا يلزم أن يصدر طلب الاخلاء من جميع الشركاء عملا بالمادة ٨٢٨ المستحدثة فى القانون المدنى .

واذا كان قانون ايجار الأماكن يتطلب اتخاذ الاجراءات فى أكثر الأحوال من جانب المؤجر ، إلا أنه يتطلب فى أحوال أخرى أن تتخذ من جانب المالك نفسه ، كما هو الحال بالنسبة إلى طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء ، فالمادة الثانية فقرة هـ من ذلك القانون تجيز للمالك الاخلاء بما وضعته من شروط فى هذا الصدد ، ويجب على المالك تقديم دليل ملكيته حتى تقبل دعواه (١).

واذا توفى المستأجر فإن صفته لا يباشرها إلا جميع الورثة مالم يثبت أن أحدهم هو وحده الذى كان يقيم دون غيره مع مورثه لأن الحق فى مد الايجار مداً قانونياً لا يثبت إلا لمن كان يقيم مع مورثه المستأجر فى العين المستأجرة (٢). واذا تعدد المقيمون مع المورث واستقروا جميعا فى المسكن بعد وفاته فإن الصفة تثبت لهم جميعاً .

هذا ويلاحظ أخيراً أن طلب الاخلاء بسبب الايجار من الباطن دون اذن كتابى صريح من المالك (عملا بالمادة ٢ فقرة ب) لا يوجه الا

---

(١) أنظر مؤلف الدكتور سليمان مرقص رقم ٧٨ وما يليه والأحكام العديدة المشار اليها .

(٢) المرجع السابق رقم ٩٤

الى المستأجر الأصلى لانعدام أية علاقة تعاقدية بين المالك والمستأجر من الباطن ولأن موضوع الدعوى هو فسخ العقد المبرم بين ذلك المالك والمستأجر الأصلى (١).

٣٠ـ جواز ابداء طلبات عارضة ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن مادامت مرتبطة بالدعوى الأصلية ـ كيفية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيها :

مادامت دائرة المساكن هى من دوائر المحكمة الابتدائية التى لها الولاية العامة فى الفصل فى سائر الطلبات العارضة أيا كان مقدمها ، وأيا كانت قيمتها ، وذلك عملا بصريح المادة ٥٢ من قانون المرافعات ، وما دام تخصيص دوائر لنظر منازعات ما هو مجرد عمل ادارى داخلى فى المحاكم لا يترتب على مخالفته مخالفة لقواعد الاختصاص النوعى (٢) ، فان دائرة المساكن تملك الفصل فى سائر الطلبات العارضة ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن مادامت مرتبطة بالدعوى الأصلية ومن الجائز الادلاء بها عملا بالمادة ١٤٣ ومايليها من قانون المرافعات .

واذن تختص دائرة المساكن بالطلبات الاضافية المقدمة من المدعى ودعاوى المدعى عليه وطلبات التدخل بنوعيه واختصام الغير وإدخال ضامن ، وذلك متى كان من الجائز الادلاء بهذه الطلبات بصورة عارضة على الدعوى الأصليه عملا بالمادة ١٤٣ من قانون المرافعات ومايليها ، أيا كانت قيمتها ، وذلك عملا بصريح نص المادة ٥٢ من قانون المرافعات التى تنص على أن المحكمة الابتدائية تحكم فى الطلبات الوقتية والمستعجلة وطلب الضمان وسائر الطلبات العارضة مهما تكن قيمتها ، ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن ، لأن المحكمة الابتدائية هى المحكمة ذات الاختصاص العام . كل هذا بمراعاة أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذى يجعل قواعد الاختصاص النوعى من النظام العام دون

---

(١) القاهرة الابتدائية أول ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ٤٥١ سنة ١٩٥٧

(٢) القاهرة الابتدائية فى ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماه ٣٦ ص ٩٠٧ واستئناف القاهرة ٢٨ ديسمبر ١٩٥٤ رقم ٧٥٠ سنة ٧١ ق .

الاختصاص القيمى التى لا تعتبر من النظام العام ، فالمادة ٥٢ تقرر استثناء من القواعد العامة بمقتضاه يكون للمحكمة الابتدائية وهى المحكمة ذات الاختصاص العام سلطة الفصل فى سائر الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية أيا كانت قيمتها ، وأيا كان مقدمها (١) .

أما اذا كان الطلب العارض يخرج عن اختصاص المحكمة الابتدائية لسبب يتصل بنوعه فان هذه المحكمة لا تملك الفصل فيه (٢) .

والحكم الصادر فى الطلب العارض يخضع للقواعد العامة فى الطعن فيه بالاستئناف اذا لم يكن متصلا باعمال قانون المساكن ، ولا يسرى عليه ما يسرى على الحكم الصادر فى منازعات الايجار الخاضعة لهذا القانون .

ويخضع الطلب العارض من ناحية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيه لقيمته هو دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية ، اذ يعد من هذه الناحية مستقلا تمام الاستقلال عن تلك الدعوى . واذا كان المشرع فى باب الاستئناف قد قرر قواعد خاصة لتقدير نصاب الاستئناف عندما يكون المدعى أو المدعى عليه قد أبدى طلباً عارضاً ، فيضاف الى قيمة الدعوى الأصلية إذا كان كل منهما يقوم على سبب قانونى واحد أو لايضاف اليه اذا لم يقوما على سبب قانونى واحد عملا بالمادة ٤١ ، فان كل هذه القواعد وغيرها (٣) لا يجوز ولوجها اذا منع المشرع الطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية ، وذلك لأن ارتباط الطلب العارض بالطلب الأصلى هو الذى يقتضى تقرير قاعدة واحدة متناسقة فى صدد استئناف الحكم الصادر فى كل منهما (٤) .

---

(١) قارن مرقص رقم ١٣١ ، وراجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات عن المادة ٥٢ وأنظر فى جواز التدخل أمام دائرة المساكن الاسكندرية الابتدائية ١٧ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٨٣١ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ٢٩ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ١٦٩٢ لسنة ٦١ ق .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات رقم (٤) عن المادة ٥٢

(٣) راجع أيضاً المادة ٣٩٨ والمادة ٣٩٩ وما يليها .

(٤) أنظر الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٥٠٧

٣١– الاجراءات الواجبة الاتباع قبل رفع الدعوى وجزاء عدم مراعاتها أو عدم مراعاة الميعاد الواجب انقضاؤه قبل رفعها فى قبولها .

يوجب قانون ايجار الأماكن فى بعض الأحوال اتخاذ انذارات معينة ، وانقضاء ميعاد يبدأ من تاريخ اتخاذ هذه الانذارات يجب أن ينقضى قبل رفع الدعوى .

فمثلا تنص المادة الثانية من القانون المتقدم على جواز طلب الاخلاء بسبب عدم دفع الأجرة ، وانما تشترط لذلك أن يكون قد تم تكليف المستأجر بالوفاء باعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم وصول ، وتجيز بعدئذ رفع طلب الاخلاء اذا لم يقم المستأجر بالوفاء فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التكليف المتقدم .

والمادة الثالثة من القانون تجيز أيضاً للمؤجر فيما يتعلق بالأماكن المؤجرة للسكنى ، عدا ما يكون منها مؤجراً لمصالح حكومية أو لمجالس المديريات أو المجالس البلدية أو القروية أو بقصد استعماله مدارس أو مستشفيات أوملاجىء أو مؤسسات خيرية ، أن ينبه على المستأجر بالاخلاء فى نهاية المدة اذا كانت هناك ضرورة تلجئه لشغل المكان بنفسه أو بأحد أولاده . ويجوز أن يكون التنبيه بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول . و يعطى المستأجر فى هذه الحالة مهلة ستة أشهر أو يمهل المدة الباقية من الاجارة السارية أو التى صار امتدادها أيهما أطول . فاذا عارض المستأجر فى الاخلاء أو انقضى على التنبيه خمسة عشر يوماً دون رد جاز للمؤجر رفع الأمر الى القضاء فى خلال المدة المعينة فى الفقرة السابقة للحصول على حكم بالاخلاء ... الخ .

واذن يشترط فى مثل الأحوال المتقدمة لقبول الطلب أن يسبقه الانذار المقرر ، على أن يصدر هذا الانذار من ذى صفة على ذى صفة ، وأن يكون صحيحا فى ذاته ، وأن ينقضى الميعاد المقرر قبل رفع الطلب ، وهذا الميعاد يبدأ من تاريخ اتخاذ الاجراء ويجب أن ينتهى قبل رفع الدعوى ، ويضاف اليه ميعاد مسافة عملا بالأصل العام فى التشريع .

ويشترط لصحة التكليف أو التنبيه أو الانذار أن يتضمن بوضوح مطلوب الخصم ، فيبين فيه الأجرة التى تأخر المستأجر عن أدائها مثلا محددا أشهر التخلف عن الدفع ومجموع المطلوب من المستأجر ، أو يبين — اذا كان المؤجر بصدد تنبيه بالاخلاء — أسباب الضرورة الملجئة للاخلاء والباعث القوى على الطلب حتى يتمكن المستأجر من تكوين رأى ومن اتخاذ موقف له ازاء طلب الاخلاء ، على أساس جديته أو عدم جديته ، فمثلا يجب أن يبين المؤجر أن المقصود من اخلاء المسكن هو تمكين ولده من الاقامة فيه بسبب زواجه مع ذكر اسم الولد ، ودون حاجة الى ذكر رقم وثيقة الزواج (١) والا كان التنبيه باطلا . خاصة وان المشرع يستلزم أن تظل حالة الضرورة قائمة من وقت التنبيه الى وقت صدور الحكم ، فمن ثم يجب أن يتحقق من أن تلك الضرورة كانت قائمة وقت التنبيه ، ولاشك أن شرحها بوضوح فى صلب التنبيه يؤكد جديتها (٢) . ولايلزم تحديد مهلة الاخلاء فى التنبيه على اعتبار أن المشرع يتكفل بيان ذلك فى قانون الايجار .

ويشترط القانون أن يتم التكليف أو الانذار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول (٣) ، أو باعلان على يد محضر . وقد حكم بأن قيام المؤجر بتوقيع الحجز التحفظى على منقولات المستأجر وفاء للأجرة المستحقة هو اجراء أقوى من مجرد التكليف بالوفاء ، ومن ثم يعتد به فى هذا الصدد (٤) . كما يعتد بأمر الأداء الصادر وفاء للأجرة (٥) .

---

(١) مصر الابتدائية ٢١ فبراير ١٩٥٧ القضية رقم ٤٦٥٩ لسنة ١٩٥٦ والاسكندرية الابتدائية فى ١٥ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ٢٠١٠ سنة ٦١ مدنى كلى .

(٢) الاسكندرية الابتدائية فى ١٠ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ مدنى كلى.

(٣) راجع ما قلناه فى صدد اثبات وصول الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول فى رقم ٢٥

(٤) القاهرة الابتدائية فى ١٤ ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ٢٥٢٥ لسنة ٥٧ ، والاسكندرية الابتدائية فى ٥ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ٩٧ لسنة ٦٢ ق و٢٩ ابريل ١٩٦٢ رقم ٣٤٨ لسنة ٦٢ ، و٢٥ ديسمبر ١٩٦١ القضية رقم ٢٠٥٨ لسنة ٦١

(٥) الاسكندرية الابتدائية فى ٣١ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٢ و٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ رقم ٣٤٧ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية فى ٢٥ ديسمبر ١٩٦١ القضية رقم ٢٠٥٨ لسنة ٦١

ومن الطبيعى أنه يشترط أن يصدر التكليف أو الانذار من صاحب الصفة فى توجيه الدعوى ، وأن يوجه الى صاحب الصفة فى رفع الدعوى عليه . واذا كان التكليف أو الانذار باطلا فان دعوى الاخلاء تكون غير مقبولة . وقد حكم بأنه اذا وقع التكليف باطلا لتوجيهه الى مدعى عليه قاصر ، فحضر الوصى بالجلسة ودفع ببطلان التكليف بسبب نقص أهلية المعلن اليه ، وثبتت صحة هذا الدفع ، فان الدعوى تكون غير مقبولة ، ولا يغير من هذا الموقف أن يكون المدعى قد وجه طلباته الى الوصى الحاضر بالجلسة لأن هذا التوجيه لم يسبقه تكليف صحيح بالوفاء (١).

واذا أعذر المستأجر لوفاء أجرة مدة معينة فقام بوفائها ثم تأخر فى وفاء أجرة مدة تالية تعين اعادة اعذاره قبل رفع دعوى الاخلاء وإلا كانت غير مقبولة (٢)

واذا وجه المؤجر تكليفاً بالوفاء ثم أقام دعوى مستعجلة لم يقض له فيها بطلباته جاز له بمقتضى ذات هذا التكليف اقامة دعوى موضوعية عملا بقانون الايجار . وانما اذا خصص التكليف بأن ذكر أنه فى حالة عدم الوفاء سوف يقيم دعوى مستعجلة بالاخلاء أمام القاضى المستعجل ، فان مثل هذا هذا التكليف لايصلح بعدئذ لاقامة الدعوى الموضوعية (٣) .

واذا تعدد التكليف بالوفاء فان كل تكليف يجيز فى ذاته اقامة دعوى الاخلاء بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ حصوله ، ومن ثم تقبل الدعوى ولو حصل تكليف بالوفاء آخر فى خلال الخمسة عشر يوماً السابقة على رفعها ، وليس بصحيح مايقال بأن كل تكليف ينسخ ماقبله ويفسد أثره(٤)

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٤ أبريل ١٩٥٨ رقم ٢٦٢٣ سنة ٥٥ كلى مصر .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٦ مارس ١٩٥٣ رقم ٢٧٠٣ لسنة ١٩٥٢ و١٩ مارس ١٩٥٣ رقم ٣٦٠٢ لسنة ٥٢

(٣) القاهرة الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماه ٣٦ ص ١٣٨١

(٤) قارن القاهرة الابتدائية ٢٦ مايو ١٩٥٦ رقم ١٣٩٩ سنة ١٩٥٦ كلى مصر .

ويبطل أثر التكليف بالوفاء اذا قام المستأجر بوفاء الأجرة المطلوبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حصوله . ويتعين أن يتم هذا الوفاء للمؤجر أو لمن يقوم مقامه . ويصح أن يتم بتسليم الأجرة الى المؤجر شخصياً أو أى صاحب صفة فى استلامها نيابة عنه ، ويصح أن يتم الوفاء بحوالة بريدية ، أو بعرضها على المؤجر على يد محضر عملا بالمادة ٧٨٦ من قانون المرافعات ومايليها .

ولم يحدد المشرع فى المادة الثانية من قانون ايجار الأماكن طريقة معينة ليتم بها الوفاء ، وكل ما اشترطه هو أن يتم فى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول التكليف به ، فمن ثم يجوز هذا الوفاء بأى طريق بشرط أن يتم فى خلال الميعاد المتقدم. ومن ناحية أخرى ، متى أثبت المستأجر أنه قدعرض على المؤجر الأجرة وأنه قد رفضها هذا الأخير فلا يمكن القول بأن المدعى عليه قد تأخر فى سداد الأجرة ، فاذا كان الوفاء بطريق الحوالات البريدية لايقوم مقام العرض الفعلى والايداع الذى جعله القانون طريقاً للوفاء والابراء ، إلا أن المحكمة وهى بسبيل الفصل فى دعوى الاخلاء للتأخير فى سداد الأجرة انما تستوحى هدف المشرع وحسن النية فى المعاملات ، خاصة وأن المشرع يهدف بالتشريع الى التسهيل والتيسير على المتقاضين مادام الهدف هو وصول صاحب الحق الى حقه ، واذا ثبت أن المستأجر قد أرسل الأجرة بحوالة بريديه فانه يكون قد أظهر حسن نية وأنه لا يريد حبس الحق عن صاحبه بل لجأ الى طريق سريع لإبراء ذمته ، وهو طريق درج عليه غالبية الناس حتى أصبح مألوفاً لديهم ، ولا يمكن أن يقال أن مثل هذا المستأجر طالما لم يعرض الأجرة عرضاً فعلياً يكون متأخراً عن الوفاء فى حكم القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (١).

وانما اذا أنكر المؤجر وصول الحوالة اليه وصرفها فلا مفر من أن يثبت المستأجر عن طريق شهادة رسمية من مصلحة البريد حصول الصرف

---

(١) راجع فى هذا المعنى القاهرة الابتدائية ٢٩ مارس ١٩٥٨ رقم ٣٠٧٧ لسنة ١٩٥٧ و١٥ مارس ١٩٥٨ رقم ٧٦٤ لسنة ٥٧ وقارن ١٤ ديسمبر ١٩٥٧ رقم ٢٥٢٥ لسنة ١٩٥٧

الى المؤجر ، وانما كل هذا لا يمنع من اعتبار المستأجر غير ممتنع عن الوفاء متى قدم كعب الحوالة الدال على دفعه للأجرة فى خلال الميعاد ، مما لايجوز معه الحكم عليه بالاخلاء (١) . والعبرة أن تصل الحوالة بالفعل الى المؤجر فى خلال الميعاد المتقدم وأن تكون قابلة للصرف فى خلال ذلك الميعاد . ويضاف اليه ميعاد مسافة على أساس المسافة بين موطن المستأجر الذى أعلن فيه بالتكليف والمكان الذى يتعين فيه الوفاء طبقاً لاتفاق الطرفين .

ويتجه قضاء المحاكم الى الزام المؤجر برفع دعوى الاخلاء بعد انقضاء الميعاد المتقدم على اعتبار أنه من المواعيد الكاملة التى يجب أن تنقضى قبل رفع الدعوى ، وبحيث اذا رفعت الدعوى فى خلاله وجب الحكم بعدم قبولها ولوانقضى الميعاد دون وفاء المستأجر بالأجرة ، لأن الدعوى تكون قد رفعت فى وقت تكون فيه غير مقبولة ، والقاعدة أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة .

وإذا كانت القاعدة فى فقه المرافعات أنه إذا استكملت الدعوى شروط قبولها بعد رفعها ، فانها تقبل ولو كانت هذه الشروط لم تتوافر بعد وقت رفعها ، وذلك على اعتبار أن حسن سير العدالة يقتضى ذلك حتى لايتحمل المدعى مصاريف دعوى جديدة يجوز له أن يرفعها فى نفس الوقت الذى يقضى فيه بعدم قبول دعواه ، وعلى اعتبار أن القاعدة التى تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة لا يجوز الاحتجاج بها ضد المدعى لأنها مقررة لمصلحته حتى لايضار من تأخير الاجراءات القضائية أو مشاكسة خصمه (٢) ، نقول أنه إذا كان الفقه والقضاء يقرر القاعدة المتقدمة ، الا أن القضاء قد امتنع عن تطبيقها بصدد دعاوى الايجار رعاية للمستأجر ، ولأن فى رفع دعوى الاخلاء قبل أن يتحقق تخلف المستأجر عن أداء التزامه على النحو المقرر فى قانون ايجار

(١) قارن القاهرة الابتدائية فى ١٦ فبراير ١٩٤٧ رقم ٣٣٤٢ لسنة ١٩٥٦

(٢) نظرية المصلحة فى الدعوى للدكتور الشرقاوى رقم ١٦٠ ص ١٨٠ والحكم الذى أشار اليه ، وراجع أيضاً كتابنا فى المرافعات رقم ٩٨ واستئناف مصر ٢٠ مايو ١٩١٣ مجلة الحقوق السنة ٢٨ ص ٢١٨

الاماكن يعد دليلا على المشاكسة والتحدى . وهذا السبب بعنيه هو الذى أدى إلى اعتبار الدفع بعدم القبول المتقدم من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها بمجرد التحقق من رفع الدعوى قبل الميعاد (١) .

٣٢ – ليس ثمة ميعاد واجب لرفع الدعوى فى خلاله :

ينص قانون ايجار الأماكن فى بعض الأحوال على رفع الدعوى فى خلال فترة تعقب الانذار أو التنبيه ، ومع ذلك يتجه الفقه والقضاء إلى أن القانون لايستوجب فى واقع الأمر تحديد ميعاد حتمى (ميعاد ناقص) يتعين فى خلاله رفع الدعوى وإلاكانت غير مقبولة . فمثلا تنص المادة الثالثة من القانون على جواز الاخلاء للضرورة على أن ينبه على المستأجر بالاخلاء فى نهاية المدة ويعطى فى هذه الحالة مهلة ستة أشهر أو يمهل المدة الباقية من الاجارة السارية أو التى صار امتدادها أيهما أطول . فاذا عارض المستأجر فى الاخلاء أو أنقضى على التنبيه خمسة عشر يوماً دون رد جاز للمؤجر رفع الأمر إلى القضاء فى خلال المدة المعينة فى الفقرة السابقة للحصول على حكم بالاخلاء ... الخ .

ولقد اتجه رأى فى صدد ما تقدم يوجب رفع الدعوى فى خلال الميعاد المقرر فى المادة والاكانت الدعوى غير مقبولة (٢) . واتجه الرأى الصحيح إلى القول بأن المشرع لم يرتب جزاء عدم قبول الدعوى بسبب تأخير رفعها ، وأنه – أى المشرع لايقصد فى واقع الأمر من النص المتقدم الا رعاية مصلحة المستأجر بتحديد المهلة اللازمة له ، بل كلما طال ميعاد رفع الدعوى كلما أفاد المستأجر من الميعاد ، والمشرع فضلا عن كل هذا يمنح المستأجر ميعادا آخر بعد الحكم بالاخلاء (٣) .

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٤ المحاماه ٣٦ ص ١٣٨١ والقاهرة الابتدائية فى ٧ يونيه ١٩٥٣ رقم ١٠٨٠ لسنة ١٩٥٣

(٢) القاهرة الابتدائية فى ٤ مارس ١٩٥١ المحاماه ٣١ ص ١٧٢٥

(٣) سليمان مرقص ١٠٤ والقاهرة الابتدائية ٢٨ سبتمبر ١٩٤٨ المحاماه ٢٨ ص ٦٠٧ و ١٥ يناير ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ ص ١٠٨٤ والاسكندرية المختلطة ٥ ديسمبر ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء ٥٩ ص ٣٥ والقاهرة الابتدائية ٢١ فبراير ١٩٥٧ رقم ٥٦٥٩ سنة ٥٦ كلى مصر والاسكندرية الابتدائية أول أبريل ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ ص ٥٠٠

واذن متى وجه المؤجر للمستأجر التنبيه بالاخلاء جاز رفع الدعوى ولو بعد فوات الميعاد المقرر فى المادة ٣ دون حاجة إلى ارسال تنبيه جديد إلى المستأجر .

وما قلناه فى صدد ما تقدم يقال أيضاً بصدد الميعاد المقرر لرفع دعوى الاخلاء بسبب الرغبة فى الهدم [1] .

---

(١) القاهرة الابتدائية ٢٣ مارس ١٩٥٣ رقم ١٤١١ لسنة ١٩٥٢ و١٠ مارس ١٩٥٦ رقم ٣٧٦٨ لسنة ١٩٥٤

الفصل الثالث

عدم قابلية الحكم الصادر فى منازعات الايجار لأى طعن

٣٣ – الحكم الصادر فى نزاع الايجار لا يقبل أى طعن :

تنص المادة ٤/١٥ من قانون ايجار الأماكن على أن الحكم الذى يصدر فى النزاع المتعلق به لا يكون قابلا لأى طعن .

وقد قصد النص المتقدم تعجيل حسم الخلافات الناشئة عن أعمال القانون المتقدم ، باختصار درجة من درجات التقاضى فضلا عن اختصاص أى مرحلة أخرى من مراحله كالمعارضة او التماس اعادة النظر أو النقض . ولما تقدم لم يأت النص مقرراً اعتبار الحكم الصادر فى المنازعة انتهائياً غير قابل للاستئناف فحسب انما جاء مانعا أى طعن بلفظه حتى يصبح النص شاملا الحرمان من أى طعن أيا كان سبب هذا الطعن أو نوعه .

ومن ثم يمتنع الطعن فى الحكم بالمعارضة ولو صدر فى غيبة الخصم ، ويمتنع الطعن فى الحكم بالاستئناف ولو كان باطلا أو مبنياً على اجراءات باطلة (راجع المادة ٣٩٦) ويمتنع الطعن فى الحكم بالتماس اعادة النظر ولو صدر بناء على غش أو اعتمد على ورقة قضى بعدئذ بتزويرها ... الخ (راجع المادة ٤١٧) ويمتنع الطعن فى الحكم بالنقض ولو كان قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وحتى اذا كان المشرع يجيز الطعن بالنقض فى الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (كما هو الحال عند صدور قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ وقبل تعديل المادة ٤٢٥ بما لا يسمح باجازة الطعن فيها بالنقض الا فى أحوال خاصة مستثناة)(١) ، نقول حتى فى الوقت الذى كان يجوز

---

(١) حلت المادة الأولى من قانون النقض محل المادة ٤٢٥

فيه الطعن بالنقض فى الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن فى أحكام دائرة المساكن على اعتبار أن قانون المساكن وهو تشريع خاص تضمن نصاً يعتبر استثناء من القواعد العامة ، وهو نص صريح فى اطلاقه ولا يصح تقييده عن طريق الاجتهاد. ورفضت المحكمة ما تمسك به الطاعنون من أن قانون المساكن قد صدر سنة ٤٧ وقت أن كان قانون انشاء محكمة النقض لا يجيز الطعن بالنقض فى أحكام المحاكم الابتدائية الانتهائية ثم صدر قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ مجيزاً هذا الطعن فمن ثم يعتبر قانون المرافعات ناسخاً للمادة ١٥ ، ويكون هو الواجب التطبيق – نقول أن محكمة النقض رفضت هذا القول على اعتبار أن قانون المساكن هو وحده الواجب التطبيق ، ويجب الرجوع الى ما نصت عليه المادة ١٥ ، ولا يعتد بنصوص قانون المرافعات فى هذا الصدد أيا كانت القاعدة المطبقة فيه ، وبعبارة أخرى ، لولا نص المادة ١٥ لخضع الحكم للقواعد العامة فى الطعن (١)

ويمتنع الطعن فى الحكم ولو لم يكن المقصود من الطعن تجريحه وانما مجرد سحبه والتماس اعادة النظر فى الموضوع من جديد (٢) Voie de retraction

ويشترط لاعمال النص المتقدم :

١ – أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية .

٢ – أن يصدر فيه حكم تطبيقاً لقانون ايجار الأماكن .

أما اذا كان الحكم صادراً من محكمة جزئية فانه يقبل الطعن فيه بحكم القواعد العامة ولو كان صادراً فى طلب اقتضى إعمال قانون الايجار بصدده . واذا كان صادراً من محكمة ابتدائية فى منازعة مدنية أخرى نشأت بين

---

(١) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ السنة ٣ ص ٦٩٣ ونقض ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ السنة ٣ ص ١١٩٧

(٢) المرافعات رقم ٤٨٥

المؤجر والمستأجر خاصة للقواعد العامة فانه يقبل الطعن بحكم القواعد العامة أيضاً (م ١٥ /٥ من قانون ايجار الأماكن) . وتملك محكمة الاستئناف بما لها من ولاية ناتجة عن انتقال النزاع اليها فى حدود ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى ، تملك اعادة نظره ولو اقتضى الأمر إعمال قانون ايجار الأماكن لأول مرة فى الاستئناف . وعندئذ يقبل حكمها الطعن فيه بحكم القواعد العامة .

واذا كان الحكم صادراً فى طلب عارض فانه أيضاً يخضع لحكم القواعد العامة من حيث الطعن فيه ولو كان الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية غير قابل للطعن تطبيقاً للمادة ١٥ المتقدمة .

واذا كان الحكم صادراً فى مسألة اختصاص أو احالة فانه يقبل الاستئناف استثناء عملا بالمادة ٤٠١ /٢ ولو كان الموضوع مما يستوجب اعمال قانون المساكن بصدده .

واذا كان الحكم صادراً فى مادة مستعجلة فانه أيضاً يقبل الطعن بحكم القواعد العامة سواء أكان صادراً من محكمة الموضوع أم من قاضى الأمور المستعجلة (م ٣٩٥) .

ومنع الطعن فى الحكم الصادر فى موضوع منازعة تستوجب اعمال قانون ايجار الأماكن يستتبع حتما منع الطعن فى سائر الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع سواء أكانت متصلة بسير الاجراءات (كالحكم الصادر ببطلان صحيفة الدعوى) أم متصلة باثبات الدعوى ، أم كانت صادرة فى دفع من الدفوع بعدم القبول .

ولما كان المنع يتعلق فقط بالطعن فى الحكم الصادر فى المنازعة فانه لا يمتنع الاعتراض على الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها عملا بالمادة ٤٥٠ وما يليها ، لأن هذا الاعتراض لا يعتبر طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام ، كما لا يمتنع رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدام الحكم — لا بطلانه .

ولا يمتنع أيضاً بأى حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة التى أصدرت الحكم تفسيره أو تصحيح أخطاء مادية بحته وقعت فى منطوقه أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات موضوعية أو الفصل فى اشكال موضوعى نشأ عند تنفيذه .

وفيما يلى دراسة تفصيلية لكل ما تقدم :

٣٤ – شروط منع الطعن (١) أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية :

يجب أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية بوصفها من محاكم الدرجة الأولى بمعنى أنه اذا رفع النزاع الى محكمة جزئية وقضت فيه باعمال قانون ايجار الأماكن ، فان حكمها على الرغم من ذلك يكون قابلا للاستئناف من ناحية القضاء الضمنى باختصاصها .

وبعبارة أخرى ، اذا رفع طلب الى محكمة جزئية ، وكان الأمر يقتضى اعمال قانون ايجار الأماكن بصدده ، ولم يتمسك أحد الخصوم بعدم اختصاصها وهذا الدفع من النظام العام يبدى فى أيه حالة تكون عليها الاجراءات لأنه يتصل باختصاص نوعى (راجع المادة ١٣٤ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠) ولم تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، فان حكمها الضمنى بالاختصاص يقبل الاستئناف مهما تكن قيمة الدعوى عملا بالمادة ٤٠١/٢ من قانون المرافعات . واذا قضت المحكمة الابتدائية بتأييد الحكم الصادر من المحكمة الجزئية باعمال قانون ايجار الأماكن أو بالغائه ، فان حكمها – فى الحالتين يخضع للقواعد العامة ،فى الطعن (١) ، ويكون قابلا للطعن فيه بالتماس اعادة النظر اذا ما تحقق سبب من الأسباب التى تبرر ولوج هذا الطعن . وذلك لأن حقيقة المقصود من منع الطعن فى الحكم الصادر فى المنازعة عملا بالمادة ١٥ هو اختصار مراحل التقاضى ودرجاته بالنسبة الى تلك التى ترفع

---

(١) وكان مثل هذا الحكم قابلا للطعن بالنقض عملا بقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ ثم الغيت بعدئذ القاعدة التى كانت تجيز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، ومع ذلك يبقى فى التشريع أسباب تبرر الطعن فيه بالنقض (راجع م ٢ و٣ من قانون النقض) .

اولاالى المحكمة الابتدائية بوصفها من محاكم الدرجة الأولى. ولايتحقق المنع الافى هذه الصورة وحدها، أما حيث يخطىء الخصوم برفع الدعوى الى محكمة جزئية وحيث تخطىء تلك المحكمة، فان الضمانات المقررة للخصوم أنفسهم تكون قد انهارت، ولما كانت قواعد الاختصاص النوعى ما زالت من النظام العام، ولما كان المشرع ما منع الطعن فى الحكم فى المنازعة إلا على اعتبار أن تفصل فيه محكمة ابتدائية بصفتها من محاكم الدرجة الأولى فان الحكم الصادر من محكمة جزئية فى تطبيق قانون ايجار الأماكن يخضع للقواعد العامة للطعن فاذا الغته المحكمة الابتدائية فانها لا تفصل فى الموضوع (وهى المشكلة بهيئة استئنافية من ثلاثة قضاة)، وانما تحيل النزاع الى المحكمة الابتدائية لتفصل فيه بوصفها من محاكم الدرجة الأولى، وعندئذ يكون الحكم الصادر من هذه الأخيرة غير قابل للطعن عملا باحكام المادة ١٥ المتقدمة.

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا أقام المدعى دعواه بطلب اخلاء المدعى عليه من العين المؤجرة لعدم وفاء الأجرة استناداً الى الماده ٢ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ورفضت المحكمة طلب الاخلاء تأسيساً على أن علاقة الايجار التى كانت قائمة بين الطرفين قد انتهت بشراء المستأجر للعين المؤجرة فان هذا الذى قررته المحكمة ليس تطبيقاً لأحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وانما هو وفقاً لقواعد القانون العام[١]. وقضت أيضاً بأنه اذا كان الحكم الصادر فى الدفع بعدم اختصاص دائرة المساكن لأن العقد أساس الدعوى ليس فى حقيقته عقد ايجار هو حكم صادر فى نزاع خارج عن نطاق تطبيق أحكام قانون المساكن، وكان هذا الحكم وفقاً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض قابلا للطعن فيه بطريق الاستئناف، فانه لا يجوز الطعن فيه ابتداء بطريق النقض عملا بالمادة ٤٢٥ قبل الغائها سنة ١٩٥٢ [٢]

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٢ السنة ٤ ص ١٢٥ . وأنظر أيضاً نقض ٥ فبراير ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٤٥٦

(٢) نقض ٢٤ يونية ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧

وإذا رفع النزاع الى محكمة ابتدائية وقضت فيه باعتباره غير خاضع لأحكام قانون ايجار الأماكن ، فانه أيضاً يخضع لحكم القواعد العامة فى الطعن فيه عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من القانون المتقدم(١) . واذا ألغت محكمة الاستئناف ذلك الحكم فانها تملك بمالها من ولاية ناتجة عن انتقال النزاع اليها فى حدود ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى — تملك الفصل فى الدعوى على مقتضى أحكام قانون ايجار الأماكن وعندئذ يكون حكمها خاضعاً للقواعد العامة من حيث الطعن فيه بالنقض أو التماس اعادة النظر ، وذلك لأن الممنوع من الطعن فيه هو وحده الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية فى التطبيق لأحكام قانون الايجار على ما قدمناه . (نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١١٥) ومن ناحية أخرى ، اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية تطبيقاً لقانون المساكن واستؤنف على اعتبار إن القانون لا يقتضى إعمال هذا التشريع ، وانما يقتضى إعمال القواعد العامة فى الايجار ، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم من ناحية وجوب تطبيق قانون المساكن فانها لا تملك بعدئذ تناول الموضوع للفصل فيه ولو كانت المحكمة الابتدائية قد أخطأت فى تقدير الوقائع أو فى تطبيق جزئيات قانون الايجار اذ متى أيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية من ناحية صدوره فى نزاع خاضع لقانون ايجار الأماكن وجب على الفور إعمال المادة ١٥ منه التى تمنع الطعن فى الحكم الصادر فى هذا النزاع (٢)

٣٥ — (٢) أن يصدر فى النزاع حكم تطبيقاً لقانون ايجار الأماكن :

ولا يعتد فى هذا الصدد بارادة الخصوم وبتكييف المدعى للدعوى أو باعتراض المدعى عليه ، وانما العبرة بالتكييف الصحيح تطبيقاً لأحكام

(١) استئناف أسيوط فى ١٠ فبراير ١٩٥٤ التشريع والقضاء ٦ ص ١٩٨ واستئناف المنصورة فى ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦ رقم ١٣٦ سنة ٨ ق واستئناف القاهرة ٢٣ ديسمبر ١٩٥٢ مجلة قضايا الحكومة السنة الأولى ص ١٧٨ واستئناف القاهرة فى ٢٠ أبريل ١٩٥٧ مجلة قضايا الحكومة السنة الأولى ص ١٨٧ و ٢٠ أبريل ١٩٥٧ ذات المجلة ص ١٨٧

(٢) راجع حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٥ مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٥٥٦

القانون(١)، بمعنى أنه اذا رفع المدعى دعواه الى المحكمة الابتدائية متمسكاً بأعمال قانون ايجار الأماكن ثم اتضح للمحكمة انها غير خاضعة لأحكام هذا القانون وهى تملك التحقق من تلقاء نفسها فى مدى اختصاصها بنظر النزاع اختصاصا نوعياً لأن هذا الاختصاص متعلقاً بالنظام العام (م ١٣٤ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠) — فانها تملك الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا نوعياً، كما تملك عدم تطبيق قانون المساكن واعمال القواعد العامة فى الايجار اذا كانت مختصة اختصاصاً نوعياً بنظر النزاع وكان لا يقتضى اعمال ذلك القانون . وهى تملك كل هذا أيضاً من تلقاء نفسها على اعتبار أنه متى رفع النزاع اليها صار من واجبها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخذاً صحيحاً ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق ، وهو لايلزم بهذا لأن وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ولأن هذا يستشف ضمنا من سائر طلبات الخصوم ودفوعهم (٢) فلا يلزم أن يذكر المدعى فى طلبه وجوب تطبيق قانون ايجار الأماكن ، كما لا يلزم من باب أولى مواد القانون التى يستند اليها ، وانما يكفى أن يذكر مطلوبه والتزام خصمه فى هذا الصدد (٣) ، ويكون على المحكمة تفسير قانون ايجار الأماكن وتطبيق أحكامه على موضوع الدعوى (٤) .

واذن يبين مما تقدم أن الطلب قد يكون متصلا باعمال قانون ايجار الأماكن وقد لا يكون ، وفى الحالتين لا يعتد بتكييف المدعى لدعواه أو باعتراض المدعى عليه على هذا التكييف ، بل لا يعتد باغفال المدعى إعمال القانون الواجب التطبيق . ومن ثم الحكم الصادر فى طلب التعويض يكون قابلا

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص ٥٨ والقاهرة الابتدائية ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩٠٧ وكتاب الأحكام رقم ١٥١ والأحكام المشار اليها .

(٢) نظرية الأحكام رقم ١١٥ والأحكام العديدة المشار اليها وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى الطعن بالنقض رقم ١٣٩ وما يليه .

(٣) راجع نقض فرنسى ٢٧ ابريل ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ص ٣٤٨ ونقض فرنسى ٢٢أكتوبر سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٤ ص ٥٢٣

(٤) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص ٥٨

للطعن اذا كان مبناه اخلال المدعى عليه بالتزاماته الناشئة عن العقد ، ولا يكون قابلا لأى طعن اذا كان مبناه اخلال المؤجر بالالتزامات التى يفرضها عليه قانون ايجار الأماكن فى صدد الاخلاء للضرورة او للهدم (١).

ويمتنع الطعن فى الحكم متى كان المطلوب فى الدعوى هو احد المسائل التى تناولها قانون ايجار الأماكن ، ولو تطلب الأمر للفصل فيه اعمال قواعد القانون المدنى . وبعبارة اخرى ، قد لا يتصور أن تتمكن المحكمة من الفصل فى احد الأمور المقررة فى قانون ايجار الأماكن دون أن تطبق قواعد القانون بصورة عامة سواء فيما يتصل باثبات الدعوى أو فيما يتصل بتفسير قواعد القانون ومصطلحاته .

٣٦ – نطاق المنع من الطعن – عدم جوازه ولو باتفاق الطرفين بينما يجوز النزول عن الحكم وتجديد النزاع :

متى توافرت الشروط المتقدمة امتنع الطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى ، سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية ، وسواء من جانب المؤجر أو المستأجر ، وسواء توافر سبب عام للطعن أو توافر سبب خاص له .

واذن يمتنع الاستئناف ولو بمقوله ان الحكم باطل أو انه مبنى على اجراءات باطلة – وفقاً لما نراه فى الفقرة التالية .

ويمتنع الطعن بالتماس اعادة النظر ولو بسبب بناء الحكم على غش أو على ورقة حكم فيما بعد بتزويرها (راجع المادة ٤١٧) ، أو بناء على ان الحكم قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو أكثر مما طلبه (٢) .

---

(١) راجع القاهرة الابتدائية ١٠ مارس ١٩٥٦ رقم ١٥٦٠ لسنة ١٩٥٥

(٢) راجع نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ ص ١٤٨٧ ، وقد قضت بوجوب إعمال المادة ١٥ من قانون المساكن التى تمنع صراحة أى طعن على وجه الاطلاق ، وأنه متى كان النص صريحا على اطلاقه فلا يصح تقييده عن طريق الاجتهاد .

وأنظر أيضاً فى تأكيد ما تقدم مصر الابتدائية فى ٦ نوفبر ١٩٥٤ المحاماه ٣٦ ص ٩١١ وقارن مصر الابتدائية فى ٢٧ فبراير ١٩٥٤ رقم ٧١٧ لسنة ٥٣

واذا فرض جدلا أن الحكم الصادر من دائرة المساكن لم يلق رضاء وقبولا من جانب كل من المدعى والمدعى عليه — كما اذا صدر محققا بعض ماطلبه المدعى دون البعض الآخر ، فانه مع ذلك لا يقبل أى طعن ولو باتفاق الطرفين ، لأن كل ما اتصل بتحديد الحالات التى يجوز فيها الطعن فى الحكم أو لا يجوز تتعلق بالنظام العام . ويكون على محكمة الدرجة الثانية الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الاستئناف (١) .

وانما يجوز للمحكوم له أن ينزل عن الحكم الصادر لمصلحته ، فالمادة ٣١٢ من قانون المرافعات تنص على أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به . ويجرى الفقه والقضاء على اجازة اتفاق الخصوم على طرح النزاع من جديد على القضاء أو على التحكيم مع تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية الحكم ، وذلك لأن حجية الشىء المقضى به لا تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها (م ٤٠٥ /٢ مدنى) (٢).

هذا مع ملاحظة أن ذات المحكمة التى أصدرت حكما فى النزاع ، لاتملك اعادة النظر فيه ، وعليها من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول الدعوى بسبب استنفاد سلطتها وخروج النزاع من ولايتها (٣) .

٣٧ — عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ولو كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة :

ذهبت بعض المحاكم الى اجازة استئناف الأحكام الصادرة تطبيقاً لقانون ايجار الأماكن متى كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة عملا بالمادة ٣٩٦ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، هذا على الرغم من أن المادة ١٥ من ذلك القانون تنص صراحة كما قدمنا على أن الحكم الذى يصدر فى المنازعة لا يكون قابلا لأى طعن . وقالت تلك الأحكام لحمل

---

(١) كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٧ وما يليها .

(٢) أنظر كتاب التعليق الجزء الثانى عن المادة ٣١٢

(٣) راجع التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى رقم (٢) عن المادة ٣٤٤

قضائها المتقدم – قالت أنه اذا كان الحكم الذى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف طبقا للقاعدة العامة التى تحدد نصاب الاستئناف يجوز استئنافه اذا شابه بطلان فمن باب أولى يجوز استئناف هذا الحكم اذا صدر فى موضوع يقبل الاستئناف طبقاً للقواعد العامة وانما منع المشرع استئنافه استثناء من القواعد العامة وقالت أيضاً أن الالتجاء الى طريق الاستئناف فى هذه الحالة هو الوسيلة الوحيدة لتظلم المحكوم عليه من حكم باطل (١) .

ويقول البعض فى تأكيد ما تقدم أن نص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الايجار ، نص عام يمنع الاستئناف فى هذه الدعاوى أيا كان سببه ، فهو لا يحول دون تطبيق قاعدة خاصة بحالة الاستئنا ـ المبنى على بطلان الحكم أو بطلان الاجراءات التى بنى عليها الحكم ، وهى القاعدة التى نصت عليها المادة ٣٩٦ مرافعات . ويقرر أن مبنى البطلان فى الأحكام المتقدمة هو عدم اتباع الاجراءات التى رسمها القانون المذكور لرفع الدعوى أو عدم اتباع الاجراءات التى أوجب القانون اتباعها قبل رفع الدعوى كالتنبيه على المستأجر بالوفاء بالطريقة التى نص عليها القانون (٢) والواقع أن وقوع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم لا يمنع الحظر الوارد فى المادة ١٥/٤ من القانون المتقدم من حيث عدم قابلية الحكم لأى طعن ، ذلك لأن القانون المذكور انما هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات فلا سبيل الى استثناء أى حكم منها الا بتشريع خاص يتضمن هذا الاستثناء ، أما النص العام فلا يمكن أن يلغى ضمناً النص الوارد فى قانون خاص .

---

(١) استئناف القاهرة ٦ فبراير ١٩٦٠ القضية رقم ١٤٠٠ سنة ٧٦ ق واستئناف القاهرة ٢٦ يناير ١٩٥٧ و٢٣ فبراير ١٩٥٧ و٢٠ ابريل ١٩٥٧ و١٢ مايو ١٩٥٧ وهى منشورة بمجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الثالث ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) رمزى سيف الوسيط رقم ٦٥٩ ص ٨٤٠

ولا يصح القول بأن نص المادة ١٥ /٤ من قانون المساكن المتقدم هو النص العام ، وأن نص المادة ٣٩٦ هو النص الخاص فى هذا الصدد ، لأن نصوص قانون المرافعات فى الطعن فى الأحكام تعد كلها من النصوص العامة فى الاجراءات ، بينما قانون المساكن لا يتضمن الا نصوصا خاصة قصد بها المشرع تحقيق مصالح معينة من بينها حسم الخلافات فى درجة واحدة من درجات التقاضى .

واذا كان النقد الفقهى الموجه الى القاعدة المتقدمة شديدا فانه مع ذلك لا يمكن أن يرقى ويرتفع الى قدر المساس بها . وانى لاتساءل اذا شاء المشرع أن يمنع أى طعن فى حكم ما فهل من المتصور أن يختار غير العبارة التى ذكرها فى المادة ١٥ /٤ من القانون المتقدم .

واذن ، يمتنع الطعن فى الحكم الصادر فى منازعات المساكن لأن المشرع قد منع الطعن **بلفظه** . وانما اذا لم يمنع المشرع الطعن بلفظه واكتفى باعتبار الحكم الصادر فى الدعوى انتهائياً فكان من الجائز التحدى بنص المادة ٣٩٦ على اعتبار أنه انما يقرر استثناء من الأصل العام فى التشريع ، وعلى اعتبار أنه يعمل بهذا الاستثناء متى كان الحكم انتهائياً سواء بسبب قيمة الدعوى أو بسبب نوعها . ومع ذلك يظل هذا النص محتفظاً بوصفه نصا عاما يقرر استثناء من القاعدة العامة فى التشريع كلما كان هناك بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فيه ، ولا يعمل به بأى حال من الأحوال متى منع المشرع الطعن بلفظه بل لا يعمل به اذا ورد هذا المنع فى ذات قانون المرافعات (١)

ولقد رأينا (٢) أن محكمة النقض قضت بعدم قبول الطعن بالنقض فى حكم دائرة المساكن فى وقت كان فيه الطعن بالنقض مقبولا بالنسبة الى

---

(١) راجع فى تأييد رأى هذا الرأى استئناف القاهرة فى ١٧ مايو ١٩٦٠ رقم ٦٢٣ سنة ٧٧ق واستئناف القاهرة فى ٨ مارس ١٩٦٠ المجموعة الرسمية السنة ٥٩ ص ١٨٣ واستئناف القاهرة فى ٢٦ يناير ١٩٦٠ المجموعة الرسمية السنة ٥٩ ص ١٠٥

(٢) فى رقم ٣٣ وأحكام النقض المشار اليها .

الاحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية تطبيقا للمادة ٤٢٥ قبل تعديلها (١) واستندت محكمتنا العليا فى هذا الصدد الى نص المادة ١٥ من قانون المساكن مقرره أنه هو وحده الواجب التطبيق ، أيا كانت القاعدة المقررة فى التشريع بالنسبة لجواز الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، وذلك لأنه نص مانع لا يصح تقييده من طريق الاجتهاد .

ويستوى الطعن بالاستئناف (استثناء بحكم المادة ٣٩٦) مع الطعن بالنقض، فيما نحن بصدده ، وفى أنه متى نص المشرع على منع الطعن فى حكم ما فان هذا المنع يسرى فى جميع الأحوال ولو كانت القاعدة أن مثل هذا الحكم لو صدر فى موضوع آخر ومن ذات المحكمة التى أصدرته فان الطعن فيه يكون مقبولا شكلا ، أو كانت القاعدة أنه اذا توافر سبب ما كان الطعن فى الحكم مقبولا ، ذلك لأن المشرع قد منع الطعن بلفظه ، وهذه القاعدة تسرى فى جميع الأحوال .

على أن ما تقدم لا يخل بحق الخصم فى طلب انعدام الحكم اذا فقد ركنا من أركانه الأساسية وعندئذ يفقد صفته كحكم (٢) ، وفقا لما سوف نراه .

كل هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى اذا أوجب القانون التنبيه على المستأجر بالوفاء بالطريقة التى رسمها المشرع لذلك وامتنع المؤجر عن اتباع ذلك قبل رفع الدعوى ، أو رفعها دون احترام الميعاد الواجب انقضاؤه بين التنبيه ورفع الدعوى ، فان دعواه تكون غير مقبولة ، كما قدمنا ، وانما لا تعد اجراءاتها باطلة ، ومن ثم لا يتصور ثمة مجال فى هذا الصدد لاعمال المادة ٣٩٦ (٣)

---

(١) حلت المادة الأولى من قانون النقض محل المادة ٤٢٥

(٢) راجع كتاب نظرية الأحكام رقم ١٣٦

(٣) قارن رمزى سيف المرجع السابق .

ومثال ما تقدم أن المدعى عليه فى دعوى الحيازة ممنوع من المطالبة بالحق ما لم ينزل عن الحيازة لخصمه (م ٤٨ مرافعات) ، فتكون دعواه غير مقبولة ما لم ينزل عن الحيازة لخصمه ولكن لا تكون اجراءاتها باطلة . والمادة ٥٦٥و٥٦٦ فى حجز ما للمدين لدى الغير توجب اتخاذ اجراء ماقبل رفع الدعوى والا كانت غير مقبولة وانما لا تكون اجراءاتها باطلة فى هذا الصدد . وإذا رفعت دعوى للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار امر الأداء فانها تكون غير مقبولة ولا تكون اجراءاتها باطلة .. الخ ..

٣٨ — يمتد منع الطعن الى سائر الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع (الفرعية) سواء أكانت متعلقة بسير الاجراءات أم متصلة باثبات الدعوى أم كانت صادرة فى دفع من الدفوع بعدم القبول :

لما كانت الماده ٤٠١ تنص على أن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى ، فان سائر الأحكام الفرعية الصادرة فى منازعات ايجار الأماكن تطبيقا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لا تقبل الاستئناف . بل بعبارة أعم إذا منع المشرع الطعن بأى طريق فى حكم ما امتنع الطعن فى سائر الأحكام الفرعية ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك (١) ، لأن المصلحة فى الطعن فى الحكم الفرعى لا تتحقق إلا إذا كان من مقتضى الغاء الحكم الفرعى الغاء الحكم الموضوعى المبنى عليه ، وما دام القانون يمنع الطعن فى الحكم الموضوعى بأى طريق فيكون من الطبيعى أيضاً منع الطعن فى الأحكام الفرعية الصادرة فى القضية .

وتطبق القاعدة المتقدمة بالنسبة لسائر الأحكام الفرعية سواء أكانت قطعية أم غير قطعية ، وسواء أكانت صادرة لمصلحة المؤجر أم المستأجر ، وسواء أكانت متصلة بسير الاجراءات كالحكم ببطلان ورقة التكليف

---

(١) المرافعات رقم ٤٥٨ والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٨

بالحضور (١) أو باعتبار الخصومة كأن لم تكن (٢) أو بسقوطها (٣) أوبالاعتداد بتركها (٤) أو بوقف السير فيها (٥) أو بانقطاعها (٦) أو بانقضائها بالتقادم(٧) أم كانت متصلة باثبات الدعوى كالحكم بجواز اثبات وقائع معينة بشهادة الشهود أو عدم جوازه أو كالحكم باحالة الدعوى على التحقيق أو بندب خبير أو بتوجيه اليمين الحاسمة أو المتممة .

ويمتنع الطعن فى سائر الأحكام المتقدمة ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم قد أخطأت فعلا فى تطبيق القانون ، بل ولو اتفق الخصوم على الطعن فى الحكم صراحة . ففى كل هذه الأحوال يتعين على محكمة الطعن أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله لأنه من القواعد الأساسية فى التشريع أنه لا يجوز ولوج أى طريق من طرق الطعن الا فى الأحوال التى نص عليها المشرع ، وهذه القاعدة من النظام العام ، وقد قصد بها استقرار الحقوق (٨)

---

(١) أنظر فى هذا المعنى نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧ ونقض ٢٤ فبراير ١٩٥٥ لسنة ٦ ص ٧٣٢

(٢) تعتبر الدعوى كأن لم تكن اذا ظلت مشطوبة ستة أشهر عملا بالمادة ٩١ أو اذا تخلف المدعى عليه عن الحضور فى الجلسة الأولى ثم أعلن بواسطة خصمه للحضور الى جلسة تالية تخلف فيها أيضاً عن الحضور ، فهنا يكون للمدعى عليه طلب الحكم فى الموضوع أو طلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن – مادة ٩٣ . كما يصح الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ١٠٩

(٣) تسقط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ اذا وقف السير فيها بفعل المدعى أو امتناعه مدة سنة .

(٤) يحكم بترك الخصومة اذا نزل عنها المدعى عملا بالمادة٣٠٨ وما يليها أو اذا اتفق طرفاها على وقف السير فيها مدة لا تجاوز ستة أشهر ثم لم يعجل المدعى دعوه فى ثمانية الأيام التالية لانقضاء مدة الوقف عملا بالمادة ٢٩٢

(٥) يجوز الحكم بوقف الخصومة عملا بالمادة ٢٩٣ أو المادة ٢٩٢ أو المادة ١٠٩

(٦) تنقطع الخصومة عملا بالمادة ٢٩٤ لقيام بسبب أسباب الوقف التى وردت فى تلك المادة على سبيل الحصر .

(٧) تنقضى الخصومةبالتقادماذا وقف السير فيها مدة خمس سنوات .

(٨) المرافعات رقم ٤٩١ م ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى باب الطعن فى الأحكام .

وما قلناه بصدد الأحكام الفرعية المتعلقة بسير الاجراءات أو اثبات الدعوى يقال أيضاً بالنسبة للاحكام الصادرة فى الدفوع بعدم قبول الدعوى ، سواء صدرت بقبول الدعوى أو عدم قبولها ، أو صدرت بعدم قبول الدفع وسواء أكان الدفع متصلا بالنظام العام أم غير متصل به هذا ولو أخطأت المحكمة بالفعل فى تطبيق القانون عند الحكم بقبول الدعوى أوبعدم قبولها . وتسرى القاعدة المتقدمة عندالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الميعاد(١) أو بسبب عدم اتخاذ الاجراء السابق على رفعها والمطلوب بمقتضى قانون ايجار الأماكن كما تسرى عند الحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى اذا كان الدفع مبناه انتفاء الصفة المطلوبة فى رافع الدعوى أو فى المرفوعة عليه أو انتفاء المصلحة القائمة الحالة أو المصلحة القانونية .

ويدق الأمر اذا صدر الحكم **بعدم القبول** دون الاستناد على وجه الاطلاق الى قانون ايجار الأماكن ، فهنا لا يتصور أن يعقبه حكم موضوعى بالتطبيق الى ذلك القانون ، ومن ثم يكون الحكم بعدم القبول الذى انهى الخصومة أمام المحكمة قابلا للطعن بحكم القواعد العامة ، كالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها ممن لا يمت الى النزاع بأية صلة .

ويلاحظ بداهة أن الحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع (الفرعية) (٢)

٣٩ـ جواز الطعن فى الحكم الصادر فى مسائل الاختصاص والاحالة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ على جواز استئناف الاحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص والاحالة مهما تكن قيمة الدعوى ، وعلى الرغم من أن مفهوم هذا النص يستشف منه أن مجال الاستثناء فيها عندما يكون المشرع قد منع استئناف الحكم فى الموضوع نظراً لقيمته ، وليس

---

(١) نقض ١٢ فبراير ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٤٨٢

(٢) راجع المذكرة التفسيرية عن المادة ٣٧٨ ، وكتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٨

نظراً لنوعه الا ان الفقه والقضاء قد جرى على تطبيق النص فى كل الأحوال، وعلة ذلك أن المشرع ما أجاز استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص والاحالة بصفة استثنائية الا تأسيساً على أنها مسائل دقيقة يتشعب الرأى بصددها مما يستوجب أن يكون للخصوم دائما فرصة استئناف الحكم الصادر فيها ، وهذه الحكمة تتوافر فى جميع الأحوال سواء أكان الحكم فى الموضوع لا يقبل الاستئناف نظراً لقيمته أم نظراً لنوعه ، وبعبارة أخرى منع استئناف حكم فى موضوع ما نظرا لنوعه ، لا يمنع من توافر علته وحكمة استئناف الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص أو الاحالة قبل نظر ذلك الموضوع (١) ومن ثم يجوز — فى جميع الأحوال ومهما تكن قيمة الدعوى — الطعن فى الحكم الصادر باختصاص دائرة المساكن بنظر الدعوى أو بعدم اختصاصها بنظره ، كما يجوز الطعن فى الحكم الصادر باحالة النزاع الى محكمة أخرى أو رفض هذه الاحالة (٢) .

وجدير بالذكر أن الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع بعدم الاختصاص أو بالاحالة يقبل الطعن المباشر (أى فور صدوره) عملا بالمادة ٣٧٨ ، لأنه ينهى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم ، بينما الحكم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص أو الاحالة أو عدم قبول الدفع لا يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة التى أصدرته ومن ثم لا يقبل الطعن الا بعد صدور الحكم فى الموضوع (٣)

هذا ويلاحظ كما قدمنا (٤) أنه إذا رفع نزاع الى المحكمة الابتدائية وفصلت فيه على اعتبار أنه لا يخضع لقانون ايجار الأماكن ، ثم طعن فى الحكم الصادر فيه بالاستئناف وقضت محكمة الاستئناف بأنه خاضع

---

(١) كتاب نظرية الأحكام رقم ٢٢٥ ونقض ١٠ مارس ١٩٥٥ القضية رقم ٣١٦ سنة ٢١ ق

(٢) نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧ ونقض ٣ يناير ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ ص ٨٤٧ واستئناف القاهرة ٨ مايو ١٩٤٩ المحاماة ٣٢ ص ٨٥١ . ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٢ السنة ٥ ص ١١٥

(٣) راجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٨

(٤) فى الفقرة رقم ٣٤

لذلك القانون والغت الحكم الابتدائى فانها تملك نظر الموضوع من جديد ، وعندئذ يكون حكمها خاضعاً للقواعد العامة من حيث الطعن فيه بالنقض أو بالتماس اعادة النظر (١)

٤٠ـ جواز الطعن فى الحكم المستعجل ولو كان صادرا من دائرة المساكن :

قلنا عند دراسة اختصاص القضاء المستعجل فى صدد دعاوى الايجار أنه اذا خص المشرع محكمة معينة بالفصل فى دعاوى معينة فان اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب فى هذا الصدد ، وحددنا نطاق اختصاص ذلك القضاء (٢) ، ونضيف أن اختصاص القضاء المستعجل بما يختص به لا يسلب اختصاص محكمة الموضوع من نظر المسائل المستعجلة المتعلقة به ، اذا رفعت اليها بطريق التبعية وذلك عملا بالمادة ٤٩ من قانون المرافعات ولا يصح فى هذا الصدد التحدى بعدم اختصاص دائرة المساكن على اعتبار أن الاجراءات المتبعة أمامها بطبيعتها مستعجلة ، وذلك لأن اختصاصها بالمسائل المستعجلة المتفرعة عن النزاع الأصلى والمرفوعة اليها بطريق التبعية هو اختصاص ثابت لها بمقتضى القواعد العامة (م ٤٩ و م ٥٢ مرافعات) ولا يمس على وجه الاطلاق قانون ايجار الأماكن ولا يعطل نصوصه .

ومتى كان الأمر على هذا النحو فان الحكم المستعجل الصادر من دائرة المساكن يقبل الاستئناف فى جميع الأحوال عملا بالمادة ٣٩٥ التى تنص على على جواز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها مع عدم الاخلال بما نص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٣٩ .

ولما كان لموضوع الطلب المستعجل كيان مستقل عن النزاع الأصلى فان الحكم الصادر فيه يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٣٧٨ من قانون المرافعات .

---

(١) نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١١٥

(٢) راجع الفقرة رقم ١٧ وما يليها .

٤١ – جواز الطعن فى الحكم الصادر فى الطلبات العارضة ولو كان الحكم الصادر فى النزاع الأصلى مما لا يقبل أى طعن :

قدمنا أن اختصاص دائرة المساكن بما نص عليه قانون الايجار لا يسلب المحكمة الاختصاص بنظر الطلبات العارضة ولو لم تتعلق بأعمال ذلك القانون متى كان يجوز الادلاء بها وكانت المحكمة مختصه بها اختصاصاً نوعياً (راجع المادة ٥٢) .

ولما كان المشرع لم يمنع الطعن الا فى الحكم الصادر بالتطبيق الى قانون الايجار ، فان الحكم الصادر فى تلك الطلبات العارضة يقبل عملا بالقواعد العامة شأنه شأن أى نزاع يرفع بصورة أصلية ولا يتعلق بقانون الايجار ولو كان متصلا بحالة من حالات الايجار فى غير ما نص عليه هذا القانون (راجع الفقرة الأخيرة من المادة ١٥) (١) .

ويخضع الطلب العارض من ناحية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيه لقيمته هو دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية اذ يعد من هذه الناحية مستقلا تمام الاستقلال عن تلك الدعوى (٢)

٤٢ – جواز الطعن بالنقض فى حكم دائرة المساكن اذا صدر على خلاف حكم سابق فصل فى ذات النزاع بين نفس الخصوم عملا بالمادة ٣ من قانون النقض – عدم جواز الاستئناف بالمادة ٣٩٧ :

قضت محكمة النقض بحق بأنه وإن كانت أحكام دائرة المساكن غير قابلة لأى طعن ، الا أنه اذا صدر حكم منها تطبيقاً للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ خلاف الحكم سابق صدر فى نفس الموضوع وبين الخصوم انفسهم وحاز قوة الشىء المقضى به سواء أدفع بهذا الدفع أم لم يدفع ، فإنه يجوز الطعن بالنقض فى ذلك الحكم عملا بالمادة ٤٢٦ (التى حلت محلها المادة ٣ من قانون النقض)

---

(١) راجع الأحكام العديدة المشار اليها فى الفقرة رقم ٣٤

(٢) راجع ما قلناه تفصيلا فى رقم ٣٠ والمراجع المشار اليها .

وهى تجيز الطعن بالنقض فى أى حكم انتهائى –أيا كانت المحكمة التى أصدرته– فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به سواء أدفع بهذا أم لم يدفع – كل هذا بشرط أن يكون الطعن مقصوراً على خطأ الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بحكم صادر فى دعوى كانت قائمة بين نفس الخصوم ، فإعمالا للنص المتقدم المطلق يلزم سريانه ولو كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة ابتدائية بالتطبيق للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (١) . والطعن المتقدم لا يمس عن قريب أو عن بعيد النص فى قانون الأماكن ، وانما قصد به مجرد تفادى الأحكام المتناقضة الصادرة فى موضوع واحد بين نفس الخصوم ، دون الطعن فى ذات قضاء الحكم الموضوعى وانما لا يجوز استئناف حكم دائرة المساكن إعمالا للمادة ٣٩٧ التى تجيز استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى اذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشيء المحكوم به ، وذلك لأن حكم دائرة المساكن لا يتصور أن يصدر على خلاف حكم آخر من دائرة المساكن لم يحز قوة الشيء المحكوم به ،لأن هذا الأخير يصدر دائماً حائزاً لقوة الشيء المحكوم به – فهو لا يقبل أى طعن .

٤٣– جواز الاعتراض على ذات الحكم الصادر من دائرة المساكن بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها عملا بالمادة ٤٥٠ ومايليها :

لما كان الاعتراض على الحكم ممن يعتبر الحكم حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم بشرط غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم لا يعتبر من قبيل الطعن فى الحكم ، وإنما هو تظلم من نوع خاص ، ولهذا أفرد القانون له باباً مستقلا عن الباب المتعلق بالطعن فى الأحكام – هو الباب السابع عشر ، ولقد وضحت المذكرة التفسيرية للقانون ذلك صراحة ، وقالت أن الغرض المقصود من الاعتراض هو مجرد دفع الضرر الذى يصيب المعترض من حكم لا حجية له عليه ولا يمتد أثره اليه قانوناً ، لما كان كل هذا وكانت المادة

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٧٨١

١٥ من قانون المساكن لا تمنع إلا الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى المنازعة فإنه لا مفر من اجازه اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ولو كانت متصلة باعمال قانون ايجار الأماكن مع مراعاة سائر الأوضاع والاجراءات المقررة فى المادة ٤٥٠ وما يليها ، ومع مراعاة جواز الاعتراض على الأحكام الفرعية الصادرة قبله [١] .

٤٤ـ جواز الادلاء بطلب تفسير حكم دائرة المساكن أو تصحيح ما وقع فى منطوقه من أخطاء مادية بحتة أو حسابية أو الفصل فيما أغفلت الدائرة الفصل فيه من طلبات موضوعية (عملا بالمادة ٣٦٤ ومايليها) :

منع أى طعن فى الحكم الصادر من دائرة المساكن لا يمنع الادلاء بطلب تفسير الحكم أو تصحيح ما وقع فى منطوقه من أخطاء مادية بحتة أو حسابية أو الفصل فيما أغفلت الدائرة الفصل فيه من طلبات موضوعية بشرط أن يكون الاغفال اغفالا كلياً والطلب طلباً موضوعياً [٢] .

٤٥ـ جواز الادلاء بطلب انعدام حكم دائرة المساكن دون الادلاء بطلب بطلانه :

فمما لا شك فيه أنه متى صدر حكم وأغلق كل سبيل للطعن فيه ، فلا يجوز أن ترفع بصدده دعوى مبتدأة بطلب بطلانه ، كذلك لا يجوز رفع تلك الدعوى المبتدأة ــ من باب أولى ــ متى منع المشرع الطعن فى الحكم بأى طريق من طرقه ، وذلك حتى تستقر الحقوق لدى أصحابها ، ولأنه متى انقضت مواعيد الطعن (أو كان غير قابل له من الأصل) عد فى نظر المشرع عنواناً للحقيقة والصحة وأغلق كل سبيل لاعادة النظر فيه . واذا كان المشرع يمنع الطعن فى الحكم بطرق الطعن التى ترفع فى مواعيد مقررة وبطرق واجراءات خاصة فانه من باب أولى يمتنع رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان

---

(١) أنظر فى تفصيل كل هذا كتاب التعليق على نصوص المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٤٥٠ وما يليها .

(٢) راجع ما قلناه تفصيلا فى رقم ١١ وما يليه .

الحكم ، وذلك البطلان شأن أى عيب يعترى الحكم — كالخطأ فى تطبيق القانون مثلا — يغلق بصدده سبيل التصحيح حرصاً على تلك القاعدة الأساسية المتقدمة الاشارة اليها .

ولقد عز على القضاء المصرى — فى بعض الصور — أن يصدر أحكاماً تجافى العدالة فأهدر مبادىء أساسية مضحياً بها مقابل صيانة العدالة على وجهها الأكمل. ومن أمثله ذلك ما أصدرته بعض المحاكم من أحكام تجيز رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الحكم الذى يصدر انتهائياً ، غير قابل لأى طعن ، مقررة أنه لا محل مطلقاً للقول بأن دعوى البطلان الأصلية لا ترفع أمام دائرة الايجار بحجة أنها قد استنفدت ولايتها بالحكم فى الموضوع وهو غير قابل لأى طعن طبقاً لقانون الايجار ، وأنه لا مجال مطلقاً لهذا القول لأن صدور الحكم الذى تستنفد به هذه المحكمة ولايتها يشترط فيه صحة الاجراءات المتبعة فيه من وجهة نظرها ، فضلا عن أن موضوع دعوى البطلان يختلف عن موضوع النزاع الأصلى الصادر فيه الحكم المطعون فيه ، هو ما لم ينص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تحريم نظره (١) .

ومع ذلك حكم بعدئذ بأنه اذا كان الطعن فى الحكم غير جائز فلا وسيلة عندئذ للتخلص منه ، ولو كان باطلا لعيب شكلى فيه يتعلق باصداره أو تحريره أو تشكيل المحكمة التى أصدرته أو فى البيانات الواجب ذكرها فيه أو كان مبنياً على اجراء باطل لم يسقط الحق فى التمسك ببطلانه . ففى كل هذه الصور لا تقبل دعوى البطلان أصلياً متى امتنع الطعن فى الحكم كلية بنص القانون ، ويبقى بعدئذ الحكم بمنجى من أى طعن أو سحب أو الغاء ، ولا يجوز التعلل والتحدى بالخطأ الذى تقع فيه بعض الأحكام والذى يكون وليد غش أو تزوير لأنه مهما تكن أهمية البواعث العادلة التى قد تدعو الى تعديل وتصويب تلك الأحكام ، فإن المصلحة العامة التى ابتغاها المشرع بتقرير مبدأ عدم جواز الطعن تقتضى تضحية المصالح

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٣ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٣٠٠

الخاصة من حالات نادرة الوقوع كى تستقر الحقوق والمراكز القانونية وهذه تعلو عن تلك المصالح الخاصة (١) .

وبعدئذ جاءت ذات المحكمة مقررة التفرقة بين الأحكام الباطلة والأحكام المعدومة وأجازت التمسك بانعدام الحكم دون بطلانه (٢) وهذا هو الاتجاه الصحيح فى هذا الصدد . فالمعدوم لا تلحقه حصانة ، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يغلق أى سبيل للطعن فيه واذا كان المشرع فى قانون ايجار الأماكن يمنع الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى المنازعة ، فان الأمر حتما يختلف اذا لم يتصور ثمة حكم فى المنازعة فرفع الدعوى بانعدام الحكم لا تمس على وجه الاطلاق القاعدة المقررة فى المادة ١٥ من القانون المتقدم ، ولا تمس القاعدة الأساسية التى تقرر عدم جواز التظلم من الأحكام بدعوى مبتدأ لأنه لا يتصور ثمة حكم ، ولا يتصور وجود حق تجب له الحماية والرعاية ويجب له الاستقرار .

واذن من الأهمية التفرقة بين العيب المبطل للحكم والعيب المعدم له ، فالأول لا يبرر رفع الدعوى المبتدأة بالبطلان بينما العيب الثانى يبرر ذلك .

وحالات الانعدام هى أعنف من حالات البطلان ، وأمعن فى الخروج على القانون ، وكثيراً ما تدق التفرقة بينهما ، وتظهر أهميتها فى أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً كل آثاره القانونية الى أن يحكم ببطلانه بولوج طرق الطعن فى الأحكام المقررة فى التشريع ، أما الحكم المعدوم فهو والعدم سواء ولا يرتب أى أثر قانونى ويجوز انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ، وإن كان الأمر يقتضى عملا فى كثير من الأحوال رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدام الحكم حتى يتحلل صاحب المصلحة من الاجراء المهدد به . ولا تزول حالة انعدام الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك (راجع المادة ٢٦ مرافعات) . أما حالة بطلان

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ٦ نوفبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩١١

(٢) القاهرة الابتدائية فى ١٧ نوفبر ١٩٥٦ رقم ١٣٩٥ لسنة ١٩٥٦ كلى مصر .

الحكم فانها تزول بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً شأنها شأن أية حالة أخرى من حالات البطلان .

والبطلان المتصل بالنظام العام لا يعدم الحكم ولا يفقده كيانه (١) .

ولما كان للحكم أركان أساسية ثلاثة هى (١) أن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية (٢) وأن يصدر بمالها من سلطة قضائية – أى فى خصومة ، (٣) وأن يكون مكتوباً شأنه أية ورقة من أوراق المرافعات ، فان الحكم يفقد صفته كحكم اذا فقد أى ركن من هذه الأركان الثلاثة ، وتزول عنه كل حصانة ويكون من الجائز التمسك بانعدامه عن طريق رفع دعوى مبتدأة ولو كان صادراً تطبيقاً لقانون المساكن .

ومن ثم يعتبر معدوماً الحكم الصادر من قاض موقوف بصفة مؤقتة عن عمله (٢) ، وانما لا يعد معدوما الحكم الذى يصدر من قاض ندب الى المحكمة التى أصدرت الحكم فيها بطريقة غير صحيحة . ولا يعتبر معدوماً الحكم الصادر من قاض غير صالح لنظر الدعوى عملا بالمادة ٣١٣ و٣٣٧ ، كما يعتبر باطلا وليس معدوماً الحكم الصادر من قاض يجوز رده عملا بالمادة ٣١٥ ، بافتراض أن طالب الرد لم يعلم باسبابه إلا بعد صدور الحكم (راجع المادة ٣١٩).

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من لم يعلن إطلاقا بصحيفة الدعوى أو على من تم اعلانه باجراء معدوم – كما اذا ثبت بحكم من القضاء تزوير محضر الاعلان فقد الاعلان كيانه ووجوده (٣)

---

(١) كتاب الأحكام رقم ١٣٦ وما يليه والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى – باب الطعن فى الأحكام .

(٢) جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٥١ ص ٥٨

(٣) أنظر ما قلناه فى كتاب الدفوع الطبعة الثانية رقم ١٣٥ م (١) ص ٣١١

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من أخرجته المحكمة من الخصومة قبل صدور الحكم فيها ، وحسبه أن ينكر حجيته عليه لأنه لم يكن طرفاً فى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم لا بشخصه ولا بمن يمثله (١) .

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من توفى أوفقد أهليته قبل رفع الدعوى عليه . كما يعتبر معدوماً الحكم الذى لم يوقع عليه رئيس الهيئة التى أصدرته والكاتب أو الذى لم يذكر فيه اطلاقاً اسم المحكوم له أو المحكوم عليه (٢) .

ولقد اختلف الرأى بصدد تقدير قيمة الدعوى بطلب انعدام الحكم ، ونكتفى فى هذا المقام بالقول بأن المحكمة بإصدار حكم معدوم لا تستنفد ولايتها بالنسبة للنزاع ، وبعبارة أخرى لا تنتهى مهمة المحكمة إلا بإصدار الحكم فى الدعوى سواء أكان صحيحاً أم قابلا للبطلان انما لا تنتهى مهمتها بأمر معدوم ، واذا كانت الخصومة معدومة فتعد هى والحكم الصادر فى حكم العدم ، ومن ثم فالدعوى بطلب انعدام حكم ترفع الى ذات المحكمة التى أصدرته بطلب سحبه واعادة النظر فى الموضوع إن شاء ذلك صاحب المصلحة وبشرط استيفاء ما كان سبباً فى الانعدام ، وتستكمل الاجراءات من آخر إجراء صحيح تم فى الخصومة ، أو تعاد الخصومة من جديد باجراء صحيح اذا كانت الأولى معدومة .

وتملك المحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التى ترفع بطلب بطلان الحكم فى غير حالات الانعدام (٣) .

---

(١) نظرية الأحكام رقم ٣٠ م .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية فى هذا الموضوع ومزيداً من الأمثلة والأحكام العديدة فى كتاب نظرية الأحكام رقم ١٣٦ وما يليه .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع دراسة تفصيلية فى كتاب الأحكام رقم ١٤٥ ورقم ١٤٦

٤٦ – هل تقبل دعوى التنصل بقصد الغاء حكم صادر من دائرة المساكن؟

نعلم أن التنصل désaveu هو الطلب الذى يوجهه من تم باسمه تصرف بغير توكيل أو تفويض منه الى من باشر ذلك التصرف والى كل من تتعلق له مصلحة فيه بقصد الغائه والتخلص من سائر الآثار القانونية المترتبة عليه بما فى ذلك الغاء الاجراءات والأحكام المؤسسة عليه ، فطلب التنصل يوجهه صاحب المصلحة ، إما لأن من باشر الاجراء المراد التنصل منه لم يكن وكيلا عنه ، وأما لأن وكيله قد اتخذ الأجراء بغير تفويض منه .

ونعلم أيضاً أن التنصل جائز ولو كان بعمل بنى عليه أصبح غير جائز للطعن بالاستئناف (م ٨١٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) [١] بشرط أن ترفع دعوى التنصل فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صيرورة الحكم غير قابل للاستئناف .

فهل يجوز التنصل من عمل بنى عليه حكم صادر من دائرة المساكن بقصد الغاء هذا العمل والحكم الصادر بناء عليه ، على الرغم من أن المادة ١٥ من قانون المساكن تمنع أى طعن فى الحكم وعلى الرغم من أن المادة ٨١٥ تجيز التنصل ولو عن عمل صدر بمقتضاه حكم ولو أصبح هذا الحكم غير قابل للاستئناف .

لا مفر من قبول التنصل فى هذا الصدد ، لأنه لا يعتبر فى واقع الأمر من قبيل الطعن فى الحكم الممنوع بمقتضى المادة ١٥ المتقدمة ، وانما هو طلب جائز القبول بمقتضى المادة ١٥٨ مرافعات ، ولأنه اذا قبل بالفعل طلب التنصل فان معنى ذلك أن الحكم قد صدر فى دعوى على من لم يكن ممثلا فيها على وجه الاطلاق . ولقد رأينا من بين حالات انعدام الحكم صدوره

---

(١) وهذا جائز أيضاً فى فرنسا عملا بالمادة ٣٦٢ من القانون الفرنسى راجع موريل رقم ٣٤٢

على من لم يكن خصما فى الدعوى أو صدوره على شخص أخرجته المحكمة على الخصومة قبل صدور حكمها فيها .

٤٧ — هل يجوز التحكيم بصدد منازعات الايجار :

انشاء محاكم معينة دوائر أو لجان من جانب المشرع وتخصيصها بالفصل فى دعاوى من نوع معين لا يمنع كقاعدة عامة من الاتفاق على التحكيم فيما يدخل فى اختصاص هذه المحاكم أو تلك الدوائر أو اللجان ما لم يتصل الأمر بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد منازعات ايجار الأماكن التى يحكمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، كل هذا من الناحية المدنية بطبيعة الحال ، وبعبارة أخرى ، الصلح أو التحكيم فى تلك المنازعات لا يؤثر فى الدعوى الجنائية المترتبة على مخالفة القانون أو فى السير فيها .

وانما اذا كان من الجائز مخالفة أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فى صدد الصلح أو التحكيم مع تفويض المحكمين بالصلح — وهم عندئذ معفون من التقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون عملا بالمادة ٨٣٥ مرافعات فانه لا يجوز بأى حال من الأحوال التحلل من القواعد المتعلقة بالنظام العام — سواء أكانت متصلة بالشكل أو بالموضوع — تلك التى عنى قانون الايجار ترتيبها بقصد اعتبارات أساسية تتصل بأوضاعنا الاجتماعية والاقتصادية ، وفقاً لما درسناه تفصيلا فى المقدمة .

كما لا يجوز الاتفاق على التحكيم بعد التظلم أو استئناف حكم دائرة المساكن لأن فى ذلك تحللا من المادة ١٥ من قانون المساكن ، وهذا لا يجوز ولو باتفاق الطرفين ، وإن كان يجوز تجديد النزاع أمام المحكم إذ أن حجية الشىء المقضى به لا تتصل بالنظام العام على النحو المقرر فى المادة ٤٠٥ من القانون المدنى (١) .

---

(١) راجع ما قدمناه فى رقم ٣٦

الفصل الرابع

القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢
وأثره فى اختصاص دائرة المساكن

٤٧ م — من القانون رقم ٤٦ :

شاء المشرع بمقتضى أحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتجديد ايجار الأماكن أن يحدد لكل مكان قيمة ايجارية ثابتة أيا كان المالك أو المستأجر ، وبذا يحسم النزاع على القيمة بمجرد الانتهاء من البناء .

وقصد المشرع أن يكون تحديد الايجار بمقتضى لجان ادارية يحصل التظلم من قرارها بواسطة المالك أو المستأجر أمام مجلس المراجعة (١) المنصوص عليه فى المادة ١٦ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية على أن يعدل تشكيله بحيث يكون برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية بدائرة المحافظة ، ويضم الى عضوية المجلس اثنان من مهندسى الادارات الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر بتعيينهما قرار من المحافظ ويكون قرار المجلس غير قابل لأى طريق من طرق الطعن ، ولا يترتب على الطعن فى قرارات اللجان وقف تنفيذها . ومتى صار تحديد الأجرة نهائياً فإنه

---

(١) تشكل اللجنة عملا بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ وبمراعاة القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ من ست أعضاء اثنان من موظفى الحكومة واثنان من مالكى العقارات المبنية بالمدينة أو القسم أو البلد الذى يتم فيه التقدير يعينهما سنويا وزير الخزانه أو من ينيبه عنه ، واثنان من مهندسى الادارة الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر باختيارهما قرار من المحافظ ، وتكون رئاسة اللجنة للموظف الأعلى درجة من الأعضاء أو الأقدم عند تساوى الدرجة ويشكل المجلس من تسع أعضاء برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية بدائرة المحافظة وعضوية ثلاثة من موظفى الحكومة يعينهم وزير الخزانة وثلاثة من كبار ملاك المبانى بالمدينة أو البلد الذى ينظر المجلس فى التظلمات الخاصة به يعينهم وزير الخزانة أيضاً ، واثنان من مهندسى الادارات الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر بتعيينهما قرار من المحافظ .

لا يجوز لأى مستأجر آخر المنازعة فى أجرة الوحدة السكنية (م ٥ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢) .

ولم يكتف المشرع بمقتضى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد قيمة الأرض والبناء والقيمة الايجارية له ، وانما هو أوجب أن تقوم اللجان بتوزيع القيم المحسوبة وفقاً للمادتين الثانية والثالثة ، على وحدات المبنى المختلفة على أساس نسبة مساحتها الى المساحة الكلية لهذه الوحدات ، ومع مراعاة ظروف وصقع كل وحدة والغرض من استعمالها .

واذن لا يملك القضاء النظر فى أى نزاع يتصل بتحديد القيمة الايجارية للمسكن بالنسبة للمبانى التى تخضع لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . واذا رفع الى المحاكم أى نزاع من هذا القبيل وجب عليها الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها لتعلق الأمر باختصاص يتصل بوظيفة المحاكم . ويكون لأى خصم فى الدعوى التمسك بعدم الاختصاص فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لأول مرة فى النقض . ويكون على النيابة العمومية أن تتمسك بعدم الاختصاص متى كانت ممثلة فى الدعوى .

ومن باب أولى لا يجوز التظلم أو الطعن فى قرار مجلس المراجعة سواء أمام القضاء العادى أو أمام القضاء الادارى .

وانما اذا فقد القرار ركناً أساسياً من أركانه مما ترتب عليه انعدام القرار جاز للقضاء المستعجل عدم الاعتداد به بشرط توافر الاستعجال فى المنازعة . وعلى أى حال لا تملك أية محكمة تحديد الايجار ولو كان قرار مجلس المراجعة معدوما ، كما لا تملك هذا ولو باتفاق المالك وسائر المستأجرين ، بل ولو قامت المحكمة بالتقدير معتده بالضوابط الموضوعية المقررة فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، وذلك لأن تحديد ايجار الأماكن الخاضعة لهذا القانون لم يعد مما تختص به المحاكم اختصاصاً متصلا بوظيفتها .

٤٨ — الأماكن التى تختص بتحديد ايجارها اللجان المتقدمة ، ولا تختص بها دائرة المساكن :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ على أن تلك الأماكن هى المعدة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض والتى تنشأ بعد العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ الخاص بخفض ايجار الأماكن . هذا مع ملاحظة أن القانون رقم ١٦٨ نص صراحة على أن نصوصه لا تسرى على المبانى التى يبدأ فى انشائها بعد العمل به .

ويدق الأمر بالنسبة الى المبانى التى انشئت قبل العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ ولكن لم يتم البناء الا بعد العمل به ، فهذه لا تستبعد من نطاق القانون رقم ١٦٨ لأنه لم يستثن الا المبانى التى يبدأ فى إنشائها بعد العمل باحكامه ، ولان هذا القانون قد نص صراحة على أنه اذا كان المكان المؤجر لم يكن قد سبق تأجيره يكون التخفيض بالنسبة المشار اليها فى القانون على أساس أجرة المثل عند العمل بأحكام القانون رقم ١٦٨

وجاء القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ مقرراً تطبيق نصوصه على تلك المبانى التى لم تؤجر أو تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١

والرأى الصحيح فى هذا الصدد أنه بالنسبة الى المبانى التى انشئت قبل العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ والتى لم تستكمل الا بعد العمل به شاء المشرع فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ الا تطبق بصددها أحكام القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ وأنما تسرى عليها أحكام ذلك القانون الأخير ، فيعتبر هذا الأخير ناسخاً لأحكام الآخر .

وانما الجدير بالاشارة أن المادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ تنص على سريان أحكامه على **المبانى** التى تؤجر أو تشغل لأول مرة ، بمعنى أنه اذا لم تؤجر جميع الوحدات السكنية أو لم تشغل فمن الواجب إعمال القانون الأخير . فهل يعمل بالمادة الأولى ولو كان المبنى قد تم تأجير بعض وحداته السكنية وتم تخفيض ايجارها بمقتضى القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١

نرى أن المقصود بالمادة الأولى هو إعمال نصوصها على المبانى الكاملة التى لم تؤجر أو لم تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ ، أما اذا كان قد تم تأجير بعضها فمن الواجب اخضاع البعض الآخر لأجر المثل عملا بالقانون رقم ١٦٨ وتخفيضه عملا بأحكامه ، حتى لا يخضع المبنى الواحد فى تحديد ايجار وحداته السكنية لأكثر من قانون هذا فضلا عن أن القانون رقم ٤٦ يفرق فى الاصطلاح بين المبانى والوحدة السكنية ، فيطلق العبارة الأولى على كامل المكان فى حين تطلق العبارة الثانية على مجرد الوحدة السكنية فى المبنى .

وفضلا عن كل ما تقدم فإن حقيقة المقصود من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ هو مجرد تحديد وتقييد ربح مالك الأماكن الخاضعة لهذا القانون، وفى سبيل تحقيق هذا الغرض أوجب القانون بعد تقدير قيمة العقار توزيع ايجاره على وحداته المختلفة . والعملية المتقدمة لا تقبل التجزئة من حيث الغرض المقصود منها ، ومن حيث طبيعتها ، ومن ثم يبدو غريباً وغير متمشى مع القانون أن يتم تقدير مبنى ، ثم يوزع ايجاره على وحداته المختلفة ثم لا يسرى بعدئذ هذا التقدير على كل هذه الوحدات ، فتبقى الوحدات التى سبق تأجيرها على ماكانت عليه من حيث قيمتها الايجارية دون اعتداد بتوزيع اللجنة المتقدم سواء أكانت هذه القيمة أقل من تلك أو أكثر ، بينما تخضع الأخرى لتقدير اللجنة ، وينتهى الأمر الى غير مانحا اليه المشرع فى القانون رقم ٤٦ ، لأن مجموع ايجار الوحدات السكنية للمبنى لن يتطابق مع التقدير المقرر فى هذا القانون . وبعبارة أخرى ، الالتزام بتقدير الوحدة السكنية فى المبنى يتطلب حتما الالتزام بالتقدير المقرر بالنسبة لسائر الوحدات الأخرى فيه ، فاذا كان من المستحيل الاعتداد بهذا التقدير نظراً لخضوعه لقانون آخر ، فلا تتصور علة للالتزام بتقدير الوحدة الأخرى .

وبداهة ، لا يتصور الاعتداد بالقيمة الايجارية للوحدات التى تم تأجيرها قبل العمل بالقانون الجديد ثم يضاف اليه تقدير اللجنة بالنسبة للوحدة التى لم يكن قد تم تأجيرها بحيث يتكون من هذا المجموع ايجار المبنى

بأكمله – نقول لا يتصور هذا اذ قد يترتب عليه تقدير تلك الوحدة الأخيرة تقديراً غير جدى قد لا يتناسب على وجه الاطلاق مع حالتها .

٤٩ – تختص المحاكم الابتدائية بكل ما قرره القانون رقم ١٢١ لسنة لسنة ١٩٤٧ عدا ما اتصل بتحديد ايجار الأماكن المتقدمة :

فيما عدا المنازعات المتعلقة بتحديد ايجار الأماكن المشار اليها فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ تختص دائرة المساكن فى صدد هذه الأماكن بسائر المنازعات الأخرى المشار اليها فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ومن بينها الحكم بالاخلاء للأسباب المشار اليها فى القانون أو الحكم برد ما دفع زائداً عن الأجرة المقررة بمقتضى القانون .

ويكون للمحاكم الابتدائية وحدها ولاية الفصل فى طلب رد الزائد عن الأجرة المحددة بمقتضى اللجان المشار اليها فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ على ألا تمس التحديد المقرر بمقتضى تلك اللجان . واذا فرض أن رفعت دعوى الى دائرة المساكن بطلب الزائد عن الأجرة المقررة ، ولم يكن قد تم البت نهائياً فى أمر التقدير من اللجنة والمجلس عملا بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ فمن الواجب وقف الدعوى الأصلية حتى يصدر قرار المجلس النهائى وذلك عملا بالمادة ٢٩٣ من قانون المرافعات .

وغنى عن البيان أن تلك اللجان لا تملك بأى حال من الأحوال الفصل فى أى طلب غير ما تعلق بتحديد الايجار على النحو المقرر فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ وإلا كان قرارها معدوماً فى صدد ما يخرج عن اختصاصها ، ولو تم باتفاق الطرفين .

واذن اذا خالف المؤجر قرار تحديد الايجار وتوزيعه وجب الالتجاء الى المحاكم ، سواء فى صدد الدعوى المدنية أو الدعوى الجنائية عملا بالمادة ٧ من القانون .

٥٠ — تلتزم لجنة التقدير ومجلس المراجعة بتوفير الضمانات الأساسية فى التقاضى :

لما كانت القاعدة الأساسية توجب إعمال قواعد قانون المرافعات كلما شاب أى قانون اجرائى آخر نقص أو غموض أو ابهام ، بوصفه القانون العام للاجراءات القضائية وغير القضائية ، ولما كانت هذه القاعدة ثابتة فى كثير من الأحوال بنصوص خاصة كما هو الحال فى قانون مجلس الدولة والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وكما هو الحال فى شأن القرارات المنظمة للاجراءات أمام لجان الطعن بمصلحة الضرائب ولما كانت لجان التقدير ومجالس المراجعة انما تباشر فى واقع الأمر اختصاصاً دقيقاً لم يكن مخولا فى الأصل للمحاكم أو لغيرها من اللجان ، بل كان المالك يحدد ايجار ما يؤجره مما يملكه دون ما قيد أو شرط ، ثم تتولى بعدئذ التشريعات انقاص هذا التقدير بنسبة ثابتة وبصورة عامة ،ولما كان الاختصاص المتقدم هو فى حقيقته فصلا فى منازعة ، فمن الواجب لكل ما تقدم أن تتقيد لجان التقدير ومجالس المراجعة بالمبادىء الأساسية فى التقاضى .

ومن الواضح أنه لا يتطلب منها أن تلتزم حرفية نصوص قانون المرافعات ، والا التبس عليها الأمر وتعقد ، كما لا يتصور أن يجرى عملها بغير أصول أو ضوابط ، وانما يتطلب منها أن تستلهم القواعد الكلية فى تحقيق ضمانات التقاضى وتوفير الاطمئنان لذوى الشأن ، والمحافظة على مظهر الحيدة الذى يجب أن تتحلى به فى سائر المراحل .

وتلك المبادىء مستقرة فى الفقه والقضاء ، وتلتزمها المحاكم الادارية[1]

وللمبادىء الأساسية المتقدمة شعاب ، منها ما يتصل بتشكيل اللجنة أو المجلس المتقدم ، ومنها ما يتصل بطبيعة الاجراءات الواجبة الاتباع ،

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٣١ يناير ١٩٥٦ — السنة ١٠ ص ١٨٠ ، ٢٨ مارس ١٩٥٦ السنة ١٠ ص ٢٦٧ ، ١٦ نوفبر ١٩٥٠ السنة ٥ ص ١٥٤ وحكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٤ مارس ١٩٥٦ السنة الأولى ص ٦١٢

ومنها ما يتصل بما يجب أن يتوافر فى قراراتها ، ومنها ما يتصل بمدى عدم قابلية تلك القرارات للطعن .

٥١ — أسباب لعدم صلاحية أعضاء اللجنة أو المجلس لنظر الطلب :

ثمة قاعدة مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى ، ولا تحتاج الى نص يقررها أو الى دراسة فى القانون ليفطن اليها العقل ، هى أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا تربطه بأحد طرفى النزاع رابطة دم أو مودة أو عداوة وذلك حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه ، وحتى لا يدرك الخصم مصيره مقدما بين يديه فتتزعزع الثقة فيه أو يقضى على اطمئنانه اليه .

واذن يكون عضو اللجنة أو المجلس غير صالح لعمله ولو لم يرده أحد الخصوم اذا كان قريباً أو صهراً لأحدهم الى الدرجة الرابعة ، أو اذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجته مثلا .

وبعبارة عامة ، يجب رد الأمر الى قواعد العدالة لتحديد أسباب عدم الصلاحية ، بالقدر الذى يتوافر فيه الضمان للمتقاضين ، وبمراعاة أحكام قانون المرافعات فيما يتصل بعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى وبما يتصل بالرد .

هذا مع تأكيد أنه اذا نظر العضو الطلب بوصفه من أعضاء لجنة التقدير ، فأنه لا يملك بأى حال من الأحوال نظر التظلم الموجه للقرار بوصفه من أعضاء مجلس المراجعة ، حتى لا يجلس من المتظلم مجلس الحكم وفى نفسه عقيدة سبق أن كونها ، وحتى يطمئن المتظلم الى تجرد أعضاء المجلس من الميل أو التأثر . (راجع المادة ٣١٣ من قانون المرافعات) (١) .

٥٢ — طبيعة الاجراءات الواجبة الاتباع أمام اللجنة أو المجلس :

دون بحث تفصيل الاجراءات الواجبة الاتباع أمام اللجنة أو المجلس ، نكتفى بتقرير أن تلك الاجراءات يجب أن تتخذ فى مواجهة الخصوم ،

---

(١) راجع حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٤ مارس ١٩٥٦ السنة الأولى ص ٦١٣

كى يتمكن كل خصم من الدفاع عن مصالحه ، ويجب أن يمكن الخصم من الاطلاع على الأوراق التى يقدمها الخصم الآخر ، والا تبنى اللجنة أو المجلس قرارها على مقتضى الأدلة التى تمت مواجهة الخصوم بها .

وعند تحديد المواعيد المقررة فى القانون يجب مراعاة أحكام قانون المرافعات فى احتسابها ، وفى ضرورة اضافة مواعيد مسافة بصددها ، حتى يقف كل خصم موقفاً متعادلا مع زميله أمام اللجنة أو المجلس .

فمثلا فى احتساب الميعاد المقرر فى المادة ٢/٥ ، لا يبدأ الميعاد إلا من اليوم الذى يصل فيه قرار اللجنة الى المالك بالكتاب الموصى عليه بعلم الوصول . ولا يعتد الا بعلم الوصول الموقع عليه من المالك أو من يقوم مقامه فى تحديد هذا اليوم ، ولا عبرة بيوم ارسال الخطاب ، أو بالايصال الذى يتسلمه الراسل من مصلحة البريد (١) .

ويجب اضافة ميعاد مسافة الى الميعاد المتقدم حتى يفيد المالك من الميعاد الأصلى كاملا .

٥٣ — قرار اللجنة أو المجلس وتنفيذه :

يجب أن يصدر القرار متضمناً سائر البيانات الأساسية ومجيباً على كل ما يتطلبه القانون رقم ٤٦ فى نصوصه المختلفة . ويجب أن يكون واضحاً بغير لبس أو غموض ، وأن يكون مسبباً — لأن القانون وان لم يتطلب هذا التسبيب صراحة الا أنه يتطلب التقدير والتوزيع وفقاً لأسس مقررة فيه لا يجوز اغفالها أو التجاوز عنها . كما يجب أن يجيب القرار على ما أدلى به الخصوم من طلبات أو دفوع أساسية حتى يكون ناطقاً بعدالته ويجب أن ينفذ قرار اللجنة أو المجلس على الفور ، ولا يترتب على التظلم من قرار اللجنة وقف تنفيذه .

---

(١) استئناف الاسكندرية ٢٤ أبريل ١٩٥٢ مجلة التشريع والقضاء ٥ عدد ٤ ص ٢٣

وانما لا يسأل المالك جنائياً عن عدم تنفيذه للقرار إلا اذا ثبت علمه به بصورة قاطعة ، كأن يكن قد أعلن به من جانب خصمه أو من جانب الادارة المختصة .

ولا يتطلب بطبيعة الحال ثمة اجراء لاتمام التنفيذ .

ولا تملك أية هيئة قضائية وقف تنفيذ القرار المتقدم ، وإن كان يملك القضاء المستعجل عدم الاعتداد به اذا كان معدوماً وبشرط توافر الاستعجال فى المنازعة، عملا بالقواعدالعامة .

٥٤ — جواز طلب تفسير القرار أو تصحيح الأخطاء المادية فى منطوقه كتابية كانت أم حسابية — جواز طلب ما أغفلت اللجنة أو المجلس تقديره :

اذا كان القانون رقم ٤٦ لسنة **١٩٦٢** ينص فى المادة الخامسة منه على أن قرار المجلس يكون غير قابل لأى طعن فإن ذلك لا ينفى جواز الالتجاء الى المجلس أو الى اللجنة بطلب تفسير القرار بشرط ألا تمس حجيته، وليس هناك ميعاد فى هذا الصدد .

كما يجوز تصحيح ما يقع فى منطوق القرار من أخطاء مادية بحته كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره اللجنة أو المجلس من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ويشترط لذلك ألا تجاوز اللجنة أو المجلس الاجراء المتقدم ، مع عدم التزام ميعاد خاص فى هذا الصدد وبطبيعة الحال اذا ماحصل التظلم فى قرار اللجنة أمام المجلس فإنه لا يجدى طلب التفسير أو التصحيح فالمصلحة تقتضى — لتوفير الوقت والجهد — التقدم بما يعن للخصوم من طلبات أمام ذلك المجلس .

واذا أغفلت اللجنة أو المجلس تقدير وحدة سكنية أو أكثر جاز للمالك أو المستأجر تجديد الطلب الى اللجنة أو المجلس — بحسب الأحوال — دون التزام ميعاد خاص فى هذا الصدد ، بشرط أن يكون الاغفال أغفالا كلياً ، ولم يتم تقدير الوحدة السكنية بصورة ضمنية ، ولو ترتب على ذلك ضرورة اعادة التوزيع (راجع المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات) .

٥٥ – عدم قابلية القرار للطعن مشروط بكونه غير معدوم :

لما كانت القاعدة الأساسية أن المعدم لا تلحقه حصانة ، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يغلق أى سبل للتظلم منه ، فان قرار المجلس اذا فقد ركناً أساسياً من أركانه فإنه يفقد صفته كقرار من مجلس المراجعة ، ويعتبر والعدم سواء .

و انما هذا الانعدام لا يبيح لأية محكمة القيام بما يختص به المجلس ولو باتفاق الخصوم – وان كان يتيح للقاضى المستعجل سلطة اعتبار القرار معدوماً بشرط توافر الاستعجال فى المنازعة القائمة أمامه عملا بالقواعد العامة ، هذا فضلا عن أن محكمة الموضوع تملك وقف الدعوى بطلب رد الزائد عن الأجرة ، حتى يستصدر الخصوم من اللجنة أو المجلس قراراً بدلا من القرار المعدوم (١) .

ومتى اعتبر القرار معدوماً ، فإن مجلس المراجعة يملك اعادة النظر فى التقدير ، لأن المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ اذا كانت تقرر عدم قبول الطعن فى قرار المجلس الا أنه يشترط بداهة لتطبيقها أن يتوافر بالفعل قرار للمجلس ، ولو كان قد خالف فى التقدير نصوص القانون المتقدم . انما اذا كان رئيسه مثلا قد زالت عنه ولاية القضاء قبل اصدار القرار ، أو أن أحد أعضائه قد فصل من عمله ، فلا يتصور ثمة قرار لمجلس المراجعة واجب الاحترام وله الحصانة .

كذلك الحال اذا صدر القرار من مجلس لم يشكل وفق العدد المقرر فى التشريع أو لم يرأسه أحد القضاة ... الخ .

وتترك تحديد أركان القرار الأساسية لدراسة القانون الادارى .

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية فى أثر القرار المعدوم فى كتاب التنفيذ ١٥٩ م (٣) ، وكتاب قضاء الأمور المستعجلة لراتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٧ و١٤٨

٥٦ – عدم جواز الاتفاق على التحكيم بقصد تحديد الايجار فيما يدخل في اختصاص لجنة التقدير :

مما هو غني عن البيان أن لجنة التقدير هي لجنة ادارية لا ينزع اختصاصها بأي حال من الأحوال ولو باتفاق الخصوم ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على التحكيم لتقدير ما يدخل في اختصاص تلك اللجنة من عقارات .

الاختصاص والاجراءات فى منازعات ايجار الأراضى الزراعية
بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢
بانشاء لجان الفصل فى المنازعات الزراعية

تمهيد :

٥٧ – أهمية المنازعات الزراعية :

قلنا فى المقدمة أن الغرض الأساسى من قيام ثورة سنة ١٩٥٢ هو القضاء على الظلم الاجتماعى ، وأن من أهم ما عنيت به تلك الثورة فى بدئها هو فرض قيود على الملكية الزراعية وحماية مستأجرى الأراضى الزراعية حتى لا يكونوا مهددين بانهاء الايجار أو بزيادته، وقلنا إن فى حماية هؤلاء حماية لطبقة بأكملها ازاء طبقة أخرى . وهكذا تبدو بوضوح أهمية تنظيم المنازعات الزراعية .

وقلنا ان حماية المشرع للمستأجر لا تقتصر على ميعاد معين وانما هى تمتد طوال فترة تنفيذ عقد الايجار .

ومن ثم يبطل بطلاناً متصلا بالنظام العام كل اتفاق ولو لاحق لعقد الايجار يرمى الى زيادة الايجار عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع ، كما يبطل كل صلح يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقدر معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع .

ويجوز تجاهل الشرط بزيادة الأجرة ، كما يجوز طلب رد الأجرة الزائدة .

وقلنا أيضاً فى المقدمة ، ان أداء الأجرة مدة طويلة بما يزيد عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع لا يعد قبولا ضمنياً بالزيادة ولا يسقط الحق فى طلبها ، وان الحق فى طلب الزائد عن الحد الأقصى لا يسقط الا بانقضاء

ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المستأجر بحقه فى استردادها، على أن يسقط هذا الحق فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه .

ولقد عنى تشريع الثورة بتنظيم استقرار للمستأجر الزراعى منذ قيامها . وتطورت القوانين التى تنظم لجان الفصل فى المنازعات الناشئة عن امتداد عقود الأراضى الزراعية الى أن صدر القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فى ٣ ديسمبر ١٩٦٢ ، بإنشاء لجان الفصل فى المنازعات الزراعية ، وخصها بالفصل مؤقتاً فى الدعاوى التى وردت على سبيل الحصر فى المادة الثالثة منه .

وأوجب القانون قبل الالتجاء الى القضاء طرح النزاع على اللجنة المختصة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة أمام المحاكم . ومن ثم لا يترتب على ما تضمنه القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ نزع اختصاص المحاكم فيما اشتمل عليه وحرمانها منه ، وانما هذا القانون ينشىء دفعاً بعدم قبول الدعوى الى أن تبت اللجنة بقرارها فى الموضوع .

ولقد وضحت المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ — وهو أول قانون ينظم المنازعات الزراعية — وضحت أن المقصود منه هو التخفيف عن المحاكم وعدم اثقالها بمنازعات كثيرة متنوعة خاصة فيما يتعلق بتوافر الشروط المقررة لامتداد الايجار ، هذا فضلا عن حماية الأمن والنظام ودرء الجرائم قبل وقوعها بحسم النزاع على وجه السرعة .

وقالت المذكرة التفسيرية أيضاً « إنه لما كانت مهمة هذه اللجان هى الفصل بصفة وقتية فى كل نزاع ينشأ عن تطبيق القانون المتقدم الذكر تحقيقاً للأهداف التى قصد اليها حتى يرفع أصحاب الشأن النزاع الى الجهات المختصة من جديد اذا لم يرضوا بقرارات اللجان فقد ضمن نص المادة الثانية من المشروع هذا الحكم كما تضمن تحقيقاً للعلة ذاتها أن تكون قرارات اللجان غير قابلة لأى طعن فيما أمرت به .. وأن تظل قراراتها نافذة حتى يصدر حكم من الجهة القضائية المختصة » .

وفيما يلى دراسة تفصيلية للقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، من ناحية تشكيل لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية واختصاصاتها ، ومن ناحية الاجراءات الواجبة الاتباع أمامها ، ومن ناحية قرارها ومدى نفاذه وحجيته والطعن فيه .

هذا ويلاحظ أنه يجب إعمال قواعد قانون المرافعات ومبادئه الأساسية عند عدم وجود نص خاص فى القانون المتقدم ، وذلك للأسباب التى تقدمت الاشارة اليها فى رقم ٥٠ وسوف نرى تطبيق هذه القاعدة الأساسية فى نواحى البحث المختلفة .

الفصل الأول

تشكيل لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية واختصاصها

٥٨ – تشكيل اللجنة :

تنص المادة الأولى من القانون على أن تنشأ بدائرة كل مركز لجنة تسمى « لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية » تشكل على الوجه الآتى :

١ – قاض يندبه وزير العدل .

٢ – عضو نيابة يندبه النائب العام .

٣ – مفتش الزراعة بالمركز .

ويحضر اجتماع اللجنة مندوبون عن وزارة الاصلاح الزراعى واصلاح الأراضى ووزارة الأشغال ومصلحة المساحة والجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز .

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور اثنين من المندوبين المذكورين على الأقل ، ويشترك المندوبون فى المداولات ولا يكون لهم صوت معدود فيها . ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من المحافظ ، ويعين المحافظ العدد الكافى من الموظفين للقيام بالأعمال الادارية والكتابية للجنة .

ولما كان نص المادة الأولى المتقدم يوجب أن يكون القاضى منتدباً من وزير العدل ، وعضو النيابة منتدباً من النائب العام ، فإنه لا يجوز أن يحل محل هذا أو ذاك زميل له فى العمل دون أن يكون قد صدر ندب بخصوصه . ومن ثم يجب أن يندب اثنان من القضاة وأعضاء النيابة فى كل مركز حتى يحل أحدهما محل الآخر عند غيابه بسبب المرض أو النقل أو الندب الى جهة أخرى أو الأجازة . مع مراعاة أن تكون الهيئة التى تسمع المرافعة هى التى تصدر القرار على النحو المقرر فى القانون (راجع المادة ٣٣٩ مرافعات وما يليها) .

أما مفتش الزراعة بالمركز فمن الجائز أن يحل محله عند غيابه من يقوم مقامه بحكم القانون واللوائح ، لأن المادة الأولى لاتشترط أن يصدر بصدده قرار ندب .

والجدير بالذكر أن المادة المتقدمة لم تحدد رئيس اللجنة ، فى حين أن مواد القانون التالية قد أشارت الى ما يجب على الرئيس القيام به فى بعض الأحوال وفى حين أن سائر القوانين التى تسبق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ انما كانت تحدد دائما رئيس تلك اللجنة .

ولا شك أن رئاسة تلك اللجنة تكون للقاضى ، لأنه جاء فى رأس التشكيل ، ولا يعتد على وجه الاطلاق بالدرجة المالية للعضوين الآخرين ، كما لا يعتد بوضع عضو النيابة وأقدميته بالنسبة للقاضى إن كانت ، كل هذا فضلا عن أن هذه اللجنة هى هيئة قضائية (١) وليست مجرد لجنة ادارية ومن ثم لا جدال فى أن يتولى رئاستها القاضى .

وتوجب المادة الأولى أن يحضر اجتماع اللجنة مندوبون عن وزارة الاصلاح الزراعى ووزارة الأشغال ومصلحة المساحة والجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز ، وتشترط لصحة انعقادها حضور اثنين من المتقدمين على الأقل ، على أن يكون لهم الحق فى حضور المداولات والاشتراك فيها دون أن يعتد بصوتهم .

ولا يلزم فى المندوب أن يكون معيناً فى الجهة التى ندبته ، بل يكفى أن يكون منتدبا اليها .

كما لا يلزم أن يكون المندوب الذى سمع المرافعة هو الذى اشترك فى المداولة ، كما هو الحال بالنسبة إلى القضاء عملا بالمادة ٣٣٩ مرافعات ، بل يصح أن يشترك فيها من لم يحضر جلسة المرافعة ، بل تصح المداولة ولو لم يحضرها أى مندوب ممن تقدم ذكرهم ، لأن كل ما تتطلبه المادة الأولى هو حضور المندوبين لصحة انعقاد اللجنة . والمقصود بانعقاد اللجنة انعقادها فى هيئة جلسة عملا بالمادة الثانية من القانون .

---

(١) أنظر راتب ونصر الدين كامل فى القضاء المستعجل رقم ١٤٩ والمراجع المشار اليها فيه .

واذن يكفى لصحة انعقاد اللجنة حضور اثنين من المندوبين ، ولو كانوا متغيرين فى كل جلسة .

وعلى الرئيس من تلقاء نفسه التأجيل كلما تبين عدم حضور مندوبين ممن تقدم ذكرهم .

ويلاحظ أن القانون لا يتطلب حضور كاتب فى الجلسة ، ولم ينص على بطلان انعقاد اللجنة دون حضوره ، وان كان قد نص على أن المحافظ يعين العدد الكافى من الموظفين للقيام بالأعمال الادارية والكتابية للجنة . ومع ذلك يتعين حضور الكاتب عملا بالأصول العامة ويترتب البطلان اذا لم يحضر الجلسة ويلزم بطبيعة الحال كتابة محضر يدون فيه حضور الخصوم وغيابهم وحضور من ينوب عنهم بمقتضى المادة ٨ من القانون ، وما أدلى به كل منهم من طلبات أو دفوع ، وما صدر من قرارات ، وما تم من اجراءات الاثبات .

٥٩ — لايجوز أن يكون من بين أعضاء اللجنة من يقوم به سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد :

قلنا (١) إن اللجان الادارية أوالهيئات القضائية يتعين عليها أن تستلهم القواعد الكلية فى تحقيق ضمانات التقاضى وتوفير الاطمئنان لذوى الشأن ، والمحافظة على مظهر الحيدة الذى يجب أن يتحلى به أعضاء اللجنة فى سائر المراحل . وقلنا أيضاً أن تلك المبادىء مستقرة فى الفقه والقضاء وتلتزمها المحاكم الادارية .

ونضيف أن على رئيس اللجنة أن ينبه عضويها الى ضرورة اخطاره على الفور اذا قام سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد بالنسبة لاحد منهم ، وذلك حتى يعفيه من مباشرة العمل فى خصوص النزاع المتصل بذلك .

---

(١) فى رقم ٤٩ و ٥٠

واذا كان عضو النيابة أو مفتش الزراعة قد سبق أن أدلى برأى له فى شأن النزاع – بحكم وظيفته الأصلية – فإن عليه أن يتنحى من تلقاء نفسه عملا بالمادة ٣١٣/٥ مرافعات ، ولوكان هذا الرأى لا يستشف بصورة صريحة ، وذلك لأن من يجلس مجلس القضاء يجب الايكون قد كتب أو استمع أوتكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه .

وما قلناه بالنسبة إلى أعضاء اللجنة يقال أيضاً بالنسبة إلى المندوبين عن الوزارات والمصالح المقررة فى المادة الأولى ، وذلك لأن لهؤلاء حق الاشتراك فى المداولات ، فقد يتأثر قرار اللجنة بقول لهم ، وان كان ليس لهم صوت معدود فيها .

٦٠ – اختصاص اللجنة النوعى والمحلى :

تختص بنظر جميع المنازعات القائمة أمام اللجان المشكلة طبقاً للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ وتحال اليها تلك المنازعات بغير اجراءات ، أى بقوة القانون . كما تختص بالفصل فى المسائل الآتية :

(ا) المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام المادة ٣٩ مكررا «ا» من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى والقوانين المعدلة له ، وهى الخاصة بمد عقود ايجار الأراضى الزراعية بقوة القانون بشرط قيام المستأجر بالوفاء بجميع التزاماته .

وهذه المادة معدلة بمقتضى القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ (الصادر فى ٤ أكتوبر ١٩٦٢) تنص على أن تمتد إلى نهاية سنة ١٩٦٤/١٩٦٥ الزراعية عقود الايجار التى تنتهى بنهاية سنة ١٩٦١/١٩٦٢ الزراعية سواء لانقضاء المدة المتفق عليها فى العقد ، أو التى امتد اليها تنفيذا لأحكام هذا القانون ،

كما تمتد إلى نهاية السنة الزراعية ١٩٦٥/٦٤ عقود الايجار التى تنتهى مدتها خلال فترة الامتداد . ولا يجوز للمؤجر المطالبة بفسخ عقود الايجار المشار اليها الا اذا أخل المستأجر بأى من التزاماته عن السنة الزراعية السابقة مباشرة على الامتداد أو خلال فترة الامتداد ، وفى هاتين الحالتين يعتبر العقد منتهيا من تلقاء ذاته ، دون حاجة إلى اعذار أو التجاء إلى القضاء .

(ب) كل خلاف ينشأ حول مقدار المساحة المؤجرة ، ويخصها من المنافع أو حول تكاليف وأجور الرى والتطهير واستعمال الآلات الميكانيكية فى أعمال الزراعة وغير ذلك من المصروفات التى يجوز قانونا اضافتها إلى الايجار النقدى .

وقصد المشروع بتخويل اللجنة الاختصاص المتقدم حتى يحسم على الفور وبصورة سريعة أى خلاف فى شأن المصروفات الواجب اضافتها الى الايجار النقدى ، حتى لاتتخذ القاعدة القانونية التى توجب ذلك ذريعة لزيادة الايجار النقدى دون مقتضى .

(ج) كل خلاف يثور حول الالتزامات التى يتحملها كل من المالك أو المستأجر فى نظام المزارعة .

(د) كل خلاف ينشأ حول استخدام السلف النقدية أو العينية فى خدمة الأرض المؤجرة بواسطة طرف عقد المزارعة المثبتة بيانات الحيازة باسمه . وللجنة متى ثبت لهاسوء استخدام هذه السلف أن تقضى بنقل بيانات الحيازة باسم الطرف الآخر فضلا عن الزام الطرف المسئول عن سوء الاستخدام وحده بكافة السلف التى لم توجه لخدمة الأرض المؤجرة .

وتختص اللجنة فى الأحوال المقدمة أيا كانت قيمة النزاع وواضح أن جميع المنازعات المتقدمة مما يتعين أن يطبق بصددها قانون الاصلاح الزراعى . وفيما عدا ما تقدم لا تملك اللجنة الفصل فيه والاكان قرارها معدوما لاينتج أى أثر ، وفقا لما سوف نراه ، ولا يجوز تنفيذه ، ويملك القضاء المستعجل وقف هذا التنفيذ أو الحكم بعدم الاعتداد بالقرار .

ولا نرى ما يمنع اللجنة من اقرار الصلح بين الخصوم عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، بشرط أن يكون موضوعه مما تختص به وبشرط ألا يتضمن ما يخالف النظام العام . وينفذ الصلح متى أقرته اللجنة بمثل ما ينفذ به قرارها .

ومن ناحية الاختصاص المحلى لكل لجنة فالواضح أن المشرع يعنيه أن تختص كل لجنة بالمنازعات الزراعية المتعلقة بالأراضى المؤجرة التى فى دائرة المركز التابعة له اللجنة . فمفتش الزراعة عضو اللجنة هو ذلك المفتش الذى يعمل فى المركز التابعة له اللجنة . ومن ثم لا يجوز مخالفة قواعد هذا الاختصاص المحلى ولو باتفاق الطرفين ،وعلى اللجنة الحكم بعدم اختصاصها محليا ، من تلقاء نفسها ، مع احالة النزاع — بغير اجراءات — إلى اللجنة المختصة محليا ، مع التنبيه على الخصوم بذلك .(راجع المادة ١٣٥ مرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

٦٠م — أحكام وقتية — الدعاوى القائمة أمام اللجنة أو أمام المحاكم قبل العمل بالقانون الجديد :

إذا كان النزاع قائما أمام اللجنة فى تشكيلها القديم ، فان عليها أن تحيله بدون اجراءات إلى اللجنة فى تشكيلها الجديد بدون اجراءات ، وذلك عملا بالمادة الثالثة من القانون .

أما اذا كانت الدعوى قد رفعت إلى محكمة قبل صدور القانون الجديد الذى أوجب رفعها أولا إلى اللجنة ، فإنها تظل تنظرها على الرغم من صدور هذا القانون ، وذلك لأن هذا القانون انما ينشىء دفعا بعدم قبول الدعوى بالنسبة لتلك الدعاوى المحددة فى المادة الأولى منه ، ولاينزع الاختصاص فى شأنها من جهة القضاء ، ومن ثم إذا رفعت الدعوى قبل العمل بالقانون

الجديد ، فانها تكون قد رفعت فى وقت كانت فيه مقبولة ، ولما كانت القاعدة أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كانت مقبولة أوغير مقبولة فإن المحكمة تظل تنظر الدعوى ولوكان قد نشأ بعد رفعها ذلك السبب الذى يوجب عدم قبولها .

كل هذا مع ملاحظة أن صدر المادة الأولى — الذى يوجب سريان قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها — لا يطبق فيما نحن بصدده ، وذلك لأن ما تعلق بقبول الدعاوى أو عدم قبولها لا يتصل بشكل الاجراءات وانما يمس صميم أصل الحق فى صدد مدى الحماية المقررة فى القانون للمنفعة التى يمنحها لصاحبه (١) .

كذلك لاتطبق الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون المرافعات ، وذلك لأنها إنما تتعلق بالاختصاص النوعى أو المحلى ، ولا محل لاعمالها عندما تكون المحكمة مختصة بالفعل بنظر الدعوى ، وانما نشأ بعد قيامها سبب يوجب عدم قبولها (٢).

ولقد اعتد القانون الجديد بكل المبادىء المتقدمة فلم يوجب إلا احالة الدعاوى التى كانت قائمة أمام اللجان القديمة إلى اللجان الجديدة ، أما الدعاوى القائمة أمام المحاكم فلم يتعرض لها على اعتبار أنها كانت مقبولة وقت رفعها وقبل العمل بالقانون الجديد ، وعلى اعتبار أن إعمال القانون الجديد فى صددها يؤخر نظرها ولا يحقق ما ابتغاه المشرع بالفعل من ذلك القانون (٣) ، كل هذا فضلا عن أنه لاتتصور ثمة احالة من محكمة تتبع جهة قضائية إلى لجنة ولو كان اختصاصها قضائياً (٤) ، ولهذا لم يوجب القانون الجديد الا إحالة الدعاوى القائمة أمام اللجان القديمة بعد الغائها .

أما اذا رفعت الدعوى إلى محكمة ما بعد نفاذ القانون الجديد الذى يوجب طرحها أولا على اللجنة وإلا كانت غير مقبولة ، فإن تلك المحكمة

---

(١) (٢) راجع دراسة تفصيلية فى هذا الموضوع فى كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات — الجزء الأول — عن المادة الأولى ، وقارن حكم المحكمة العليا المشار اليه .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية المشار اليها فى رقم ٥٥

(٤) أنظر كتاب التعليق فى صدد المادة ١٣٧ و ١٣٨ — وذلك لاختلاف الاجراءات المتبعة أمام كل جهة فى رفع الدعوى أو نظرها .

تقضى بعدم قبولها ، ولا تملك الإحالة إلى اللجنة (عملا بالمادة ١٣٥) لأن محل إعمال هذه المادة عندما تقضى المحكمة بعدم الاختصاص النوعى أو المحلى ، ولا تجوز الاحالة الا بعد الحكم بعدم الاختصاص لا الحكم بعدم القبول ، كما لا تملك المحكمة وقف السير فى الدعوى عملا بالمادة ٢٩٣ حتى يستصدر الخصوم حكماً من اللجنة المختصة ، وذلك لان وقف الدعوى للفصل فى مسألة أولية مشروط بأن الدعوى الأصلية يجب أن تكون مقبولة أمام المحكمة التى تنظرها .

والعبرة فى تحديد الوقت الذى تعتبر فيه الدعوى مرفوعة أو غير مرفوعة هو بتاريخ تقديمها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم عنها كاملا عملا عملا بالمادة ٧٥ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ولو كان قد تم إعلان صحيفتها للمدعى عليه بعد نفاذ القانون الجديد ، وذلك لأن القانون رقم ١٠٠ قد قصد ألا يعتد إلا بتاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم عنها كاملا عند تحديد الوقت الذى تعتبر فيه الدعوى قد رفعت .

٦١ — أثر اختصاص اللجنة فى ولاية المحاكم لا يعتد بأى اتفاق ينزع اختصاص اللجنة :

لا يترتب على تحديد الاختصاص المتقدم للجنة عملا بالمادة الثانية من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ نزع الاختصاص به من المحاكم ، وانما هذا الاختصاص ينشيء مجرد دفع بعدم قبول الدعوى أمام المحاكم ، لأنها لا تملك الفصل فيما تختص به اللجنة إلا بعد صدور قرارها فى صدده . فالمادة الخامسة من القانون المتقدم تنص على أنه لا يجوز لذوى الشأن الالتجاء الى الجهات القضائية قبل طرح النزاع على اللجنة وصدور قرارها فيه . كما تنص على أن قرار اللجنة لا يحول دون طرح النزاع أمام الجهات القضائية المختصة .

ومن ثم لا يجوز طرح النزاع أمام المحاكم إلا بعد رفعه أولا الى اللجنة وبعد صدور قرار موضوعى فى شأنه . ولا يلزم تنفيذ القرار لقبول الدعوى أمام المحاكم ، بل يكفى مجرد صدور القرار الموضوعى من اللجنة ولو لم يعلن الى الخصوم .

واذا رفع النزاع الى المحكمة المختصة وجب عليها الحكم بعدم قبول الدعوى . وعلى المحكمة الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها ، ولكل خصم فى الدعوى أن يدلى بالدفع فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية (المادة ١٤٢ من قانون المرافعات) . وهذا الدفع يتصل بالنظام العام لأن المشرع قد قصد بتشكيل اللجنة المتقدمة وبتحديد اختصاصها على ذلك النحو التخفيف على المحاكم ، كما قصد به رعاية الأمن والنظام وحمايته ودرء الجرائم قبل وقوعها ، بحسم النزاع على وجه السرعة (راجع المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣) . ثم قد يرتضى الخصوم بقرار اللجنة فلا يتصور ثمة ما يدعو بعدئذ للالتجاء الى القضاء ، فلا تتصور مصلحة اذن فى الالتجاء اليه أول الأمر . وجدير بالذكر أنه لا يعتد بأى اتفاق ينزع اختصاص اللجنة المتقدمة ، سواء تم هذا الاتفاق فى صلب عقد الايجار أم بعده ، لأنه يخالف النظام العام على ما قدمناه ، وعلى ما ذكرناه فى المقدمة .

واذا لجأ شخص الى اللجنة ثم نزل عن الخصومة فى الطلب (أى ترك الخصومة أمامها دون أن ينزل عن أصل الحق الذى يدعيه) فإنه لا يملك بعدئذ الالتجاء الى المحاكم ، إذ لا تقبل دعواه إلا اذا قدم طلبه الى اللجنة وأصدرت اللجنة قرارها الموضوعى فى صدده .

واذا رفع شخص دعوى الى القضاء أثناء نظر ذات الطلب المرفوعة به الدعوى أمام اللجنة فان على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى ، على الرغم من أن الطلب معروض على اللجنة ، لأن نص المادة الخامسة من القانون يقرر صراحة عدم جواز الالتجاء الى القضاء قبل طرح النزاع على اللجنة وصدور قرارها فيه .

واذا رفع شخص دعواه الى القضاء أثناء نظر ذات الطلب المرفوعة به الدعوى أمام اللجنة ، وفى اليوم المحدد لنظر الدعوى كان قد صدر قرار اللجنة ، فلن الدعوى لا تقبل على الرغم من ذلك ، لأن العبرة بيوم رفعها لمعرفة ما اذا كانت مقبولة أو غير مقبولة ، ولأن المشرع يتطلب صراحة أن يكون قد صدر قرار اللجنة قبل الالتجاء الى القضاء ، ولأن هذه القاعدة متصلة بالنظام العام . كل هذا على الرغم من أن الفقه والقضاء يتجه الى قبول

الدعوى اذا استكملت أثناء نظرها شروط قبولها ، ولو كانت قد رفعت دعوى دون استكمال هذه الشروط ، وذلك على اعتبار أن القاعدة التى تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت مقبولة أو غير مقبولة لا يجوز الاحتجاج بها ضد المدعى لأنها مقررة لمصلحته حتى لا يضار من تأخير الاجراءات القضائية أو مشاكسة خصمه ، وعلى اعتبار أنه ليس من حسن العدالة أن يتحمل المدعى مصاريف دعوى جديدة يجوز له أنه يرفعها فى نفس الوقت الذى يقضى فيه بعدم قبول دعواه (١) .

واذا رفعت الدعوى أمام القضاء بطلبات متعددة ، وكان من بينها ما يجب عرضه أولا على اللجنة لاصدار قرار فيه فإن المحكمة لا تقضى إلا بعدم قبول تلك الطلبات دون باقى الطلبات الأخرى .

ولذا رفعت الدعوى مباشرة إلى المحكمة ، ثم نزل عنها المدعى متنبها الى وجوب رفعها أولا الى اللجنة ، وتمسك المدعى عليه بالحكم بعدم قبولها معترضا على الترك ، فان المحكمة لا تعتد باعتراضه عملا بالمادة ٣٠٩ وتقضى باعتماد الترك ، وبذا يتمكن المدعى من استرداد الرسوم فى الاحوال التى يجيز فيها المشرع ذلك .

واذا رفعت الدعوى مباشرة الى المحكمة ، وتقدم الطرفان بمشروع صلح لإقراره من المحكمة عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، فان المحكمة تملك اقرار الصلح على الرغم من أن الدعوى غير مقبولة أمامها بسبب وجوب رفعها أولا الى اللجنة ، وذلك لأنه لا يشترط لاعمال المادة ١٢٤ أن يكون موضوع الصلح مما تختص به المحكمة ، أو مما طرح بالفعل أمامها ، أو مما يقبل نظره ،كل هذا بشرط ألا يتضمن ما يخالف النظام العام(٢).

واختصار الاجراءات وتفادى الخصومة على الوضع المتقدم هو الغرض الذى يسعى اليه المشرع فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، فلا يتصور أن يكون اقرار الصلح من جانب المحكمة معطلا لهذا القانون ، أو متنافيا معه.

---

(١) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الأول فى صدد المادة الرابعة والمراجع والأحكام المشار اليها .

(٢) نظرية الاحكام رقم ٢٨

ومتى رفع الطلب الى اللجنة ، وصدر فيه قرارها الموضوعى ، جاز الالتجاء الى القضاء ورفع النزاع الى محكمة الدرجة الأولى ، على أن يجدد الطلب أمامها ، دون أن يطعن فى قرار اللجنة على النحو الذى ندرسه فى الفقرة التالية .

وجدير بالذكر أنه يجب أن يرفع الى المحكمة بعد صدور قرار اللجنة ذات الطلب الذى سبق الادلاء به أمامها ، بمعنى أن يتحد هذا وذاك من حيث الموضوع والسبب والأطراف ، فاذا رفع المؤجر دعوى على أحد المستأجرين أمام اللجنة وأصدرت فيها قرارها ، فإنه لا يملك بعدئذ الا رفع الدعوى أمام المحكمة على هذا المستأجر وحده ، ودون اختصام من لم يختصمه أمام اللجنة . واذا رفع شخص دعوى أمام اللجنة ، فأصدرت قرارها فيها ، فإنه لا يملك عند رفع الدعوى الى القضاء الادلاء بطلب آخر غير الذى كان قد تقدم به الى اللجنة وإلا قضت المحكمة بعدم قبوله ، كذلك يجب أن يتطابق الطلبان من حيث سبب كل منهما .

ونرى أن العدالة تقتضى عدم الالتزام بحرفية المقرر فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ اذا ما استجد ، بعد صدور قرار اللجنة ، وأثناء نظر الدعوى أمام القضاء ما يبرر تعديل نطاق الطلب الذى كان مقدماً الى اللجنة أو الاضافة اليه أو تعديل سببه والاضافة اليه لظروف جدت . ولا نرى عندئذ الحكم بعدم قبول الطلب ، وانما يحكم فيه بسبب دواعى الارتباط وما يقتضيه وبسبب عدم تقطيع أوصال القضية الواحدة ولأن الاعتبارات التى تستوجب رفع النزاع الى اللجنة قبل الالتجاء الى القضاء غير متوافرة فيما نحن بصدده[1].

وجدير بالذكر أنه اذا رفع النزاع أولا الى المحكمة فانها لا تملك وقف الدعوى عملا بالمادة ٢٩٣ حتى يفصل فى النزاع أولا من اللجنة ، لأن الوقف للفصل فى مسألة أولية لا يجوز الا اذا كانت الدعوى مقبولة أمام المحكمة كما أنه اذا قضت المحكمة بعدم القبول فإنها لا تملك احالة النزاع الى اللجنة لأن الاحالة عملا بالمادة ١٣٥ لا تجوز الا عند الحكم بعدم الاختصاص النوعى

---

(١) راجع ماقلناه فى رقم ٥٧

أو المحلى – وليس عند الحكم بعدم القبول – هذا فضلا عن أن الاحالة لا تجوز من محكمة تتبع جهة قضائية الى لجنة ولو قضائية لاختلاف الاجراءات المتبعة أمام كل منهما (١)

٦٢ – أثر اختصاص اللجنة فى ولاية القضاء المستعجل – طبيعة اللجنة وكونها هيئة قضائية وليست بهيئة ادارية :

قبل أن نتناول دراسة أثر اختصاص اللجنة فى ولاية القضاء المستقبل والقضاء من قبل نؤكد ما قرره الفقه والقضاء من أن تلك اللجنة انما هى فى واقع الأمر هيئة قضائية(٢) وليست بهيئة ادارية ، لأنها تباشر اختصاصاً هو فى واقع الأمر يتصل بحسم خصومة بين طرفين على مسألة قانونية ، وان كان قرارها فيه لا يحوز إلا حجية مؤقتة ، ولأن تشكيلها تغلب عليه الصفة القضائية ، ولأن التبعية تنعدم بينه وبين أية هيئة ادارية ، فالمحافظ بمقتضى المادة الأولى من القانون لا يملك إلا مجرد إصدار القرار بتشكيل اللجنة وتعيين العدد الكافى من الموظفين للقيام بالأعمال الادارية والكتابية للجنة ، وليس له أى سلطان فى اختيار هؤلاء الأعضاء لأن ندب القاضى وعضو النيابة يتم عن طريق وزير العدل والنائب العام ، على التوالى ، ولأن مفتش الزراعة بالمركز يعين فى الأصل بوساطة وزير الزراعة ، ويتولى حتما عمله فى اللجنة بحكم وظيفته وصفته وفضلا عن كل ما تقدم فإن المشرع قد اختار فى صياغة القانون عبارات تقطع فى الدلالة على أن تلك اللجنة هى فى الواقع هيئة قضائية ، فهو يقرر على سبيل أن المنازعة ترفع الى اللجنة بطلب وأن تكون جلساتها علنية . وأن يكون حضور الخصوم بأنفسهم أو بوكلاء عنهم من المحامين . وأن يكون للجنة التحقق من صحة الاعلان . وأن يكون لها سماع أقوال من ترى ضرورة سماع أقواله من غير الخصوم بعد حلف اليمين (٣) ، (٤)

---

(١) راجع ما قدمناه تفصيلا فى هذا الصدد فى رقم ٦٠ م .

(٢) راتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٩

(٣) راجع حكم محكمة الزقازيق الابتدائية بهيئة استئنافية فى القضية رقم ٤ لسنة ١٩٥٧ فى ٢٣ فبراير ١٩٥٧ – والحكم أشار اليه كتاب راتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٩

(٤) واضح أن الرأى الثابت فى المتن قد اعتد فى مجال التفرقة بين القرار الادارى والقرار القضائى بالمعيار الموضوعى والمعيار الشكلى معا ، فضلا عن الاعتداد بالقرائن المتصلة بذات نصوص القانون .

وبطبيعة الحال ، لا يعتبر الفصل فى الطلب من اللجنة استنفاد لدرجة من درجات التقاضى ، فكون اللجنة بمثابة هيئة قضائية ليس معناه أنها تعتبر بمثابة محكمة من محاكم الدرجة الأولى التابعة لجهة القضاء العادى . كما أن الالتجاء الى القضاء بعد صدور قرار اللجنة لا يعد فى واقع الأمر بمثابة تظلم أو طعن فى قرار تلك اللجنة وانما هو بمثابة إدلاء بطلب يرفع الى المحاكم للمرة الأولى ، ويصدر فيه حكم يخضع للقواعد العامة فى الطعن ويكون قابلا للاستئناف بحسب القواعد العامة .

ولما تقدم يتضح أن القضاء المستعجل باعتباره فرعاً من جهة القضاء المدنى يملك الأمر بالاجراءات الوقتية التى تتصل بالقرار القضائى الصادر من اللجنة فى الحدود المرسومة لاختصاصه الوقتى (١) ، على النحو الذى نراه تفصيلا فيما يلى .

كل هذا على الرغم من أن القانون رقم ١٤٨ يقرر صراحة أن قرار اللجنة مؤقت حتى يصدر الحكم الموضوعى من المحكمة وعلى الرغم من أن الاجراءات المقررة أمام اللجنة هى فى الحقيقة اجراءات تتسم بطابع السرعة ، وذلك لأن تلك الأسباب لا تنفى اختصاص القضاء المستعجل ، وهو دعامة أساسية تطمئن سائر المتقاضين على السواء . فاللجنة وان كان قرارها وقتياً إلا أن حقيقة الطلب المقدم اليها موضوعى فى أكثر حالات اختصاصها، هذا فضلا عن أن اجراءاتها السريعة لا تتسم على الرغم من ذلك بطابع سرعة الاجراءات المستعجلة .

واذا كان المشرع قد قصد باختصاص اللجنة بما اختصت به توفير جهد المحاكم بالإقلال من القضايا المطروحة عليها فإن ذلك لا يتعلق إلا بالقضايا الموضوعية ، أما القضايا المستعجلة فإنه لا يغنى عنها الالتجاء الى اللجنة ، ولا يغنى عنها صدور قرار منها ، بل لا يغنى عنها صدور حكم من محكمة الموضوع ، وفقاً لما سوف نراه .

ويتجه التطبيق العملى الى تثبيت اختصاص القضاء المستعجل على الوجه التالى .

---

(١) المرجع السابق رقم ١٤٨

ولما كان الأصل أيضاً أن جهة القضاء العادى هى المختصة فى كل ما اتصل بالمنازعات الزراعية ، فإن القضاء المستعجل بوصفه فرعاً منها يملك اختصاصاً كاملا فى هذا الصدد .

٦٣ — اختصاص القضاء المستعجل فى أحوال لا تتصل بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

مما لا شبهة فيه ولاخلاف أن القضاء المستعجل يختص بسائر الدعاوى المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت متى كانت لا تتصل بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، كما اذا امتنع المالك عن تسليم الأرض المؤجرة فى الوقت المتفق عليه، بشرط توافر شروط الاختصاص ، كما يختص بالمفاضلة بين الجارتين أو أكثر للفصل فى النزاع على تسليم الأرض المؤجرة ، بشرط عدم المساس بأصل الحق .

واذا رفع الى القضاء المستعجل طلب وقتى ، وحصل التمسك بعدم اختصاص القضاء المستعجل لتعلق النزاع بما يدخل فى اختصاص اللجنة عملا بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فإن العبرة بكون هذا النزاع جدياً أو غير جدى ، فإذا كان نزاع غير جدى وكان الوضع القانونى ظاهراً لا يحتاج الى أى بحث أو تأويل جاز للقضاء المستعجل الاعتداد بالحالة الظاهرة .

٦٤ — اختصاص القضاء المستعجل بإثبات وقائع للاستناد اليها فى نزاع موضوعى مستقبل ولو كان مما تختص به اللجنة :

لما كانت القاعدة الأساسية فى التشريع أن القضاء المستعجل يملك نظر الدعاوى بطلب اثبات وقائع للاستناد اليها فى نزاع موضوعى مستقبل ، فإن هذا القضاء يختص ، متى توافرت الشروط المقررة ، ولو كان ذلك النزاع الموضوعى مما يدخل فى اختصاص اللجنة ، بل ولو طرح النزاع بالفعل عليها ، لأن رفع النزاع الموضوعى لا ينزع اختصاص القاضى المستعجل عملا بالمادة ٤٩ مرافعات ، ولأن اختصاص القضاء المستعجل المتقدم لا يمس على وجه الاطلاق اختصاص اللجنة . فمثلا يجوز الالتجاء الى القضاء المستعجل لاثبات سوء حالة الأرض المؤجرة تمهيداً للحكم الموضوعى بنقل الحيازة لسوء استخدام السلف النقدية عملا بالفقرة (د) من المادة الثالثة من القانون رقم ١٤٨

٦٥ – اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

رأينا أن اختصاص محكمة ما بنظر منازعات موضوعية معينة لاينزع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، ومتى اعتبرت اللجنة المتقدمة من قبيل الهيئات القضائية على النحو المتقدمة دراسته (١) ، فان القضاء المستعجل يكون له الاختصاص الوقتى الكامل ولو فى صدد ما قرره القانون المتقدم فليس ثمة ما يمنع القاضى المستعجل من الحكم بطرد المستأجر اذا تضمن العقد نصاً على الشرط الفاسخ الصريح اذا خالف المستأجر الالتزامات الملقاة عليه ، وكان قد أجر من الباطن مخالفاً النص الآمر المتصل بالنظام العام .بعدم جواز تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه (الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون الاصلاح الزراعى) وكل هذا مشروط باحترام الضوابط المقررة ، بحيث يكون التأجير من الباطن منطوياً على مخالفة من شأنها أن تحقق الشرط الفاسخ الصريح فتجعل العقد مفسوخاً تلقائياً (٢)

كما يملك القضاء المستعجل الحكم بطرد المستأجر الذى يخل بالتزامه بالوفاء بالأجرة المحددة طبقاً للقانون ولو كان العقد غفلا من النص على الشرط الصريح الفاسخ ، وذلك متى كان عقد الايجار ممتداً بقوة قانون الاصلاح الزراعى ومتى ثبت إخلال المستأجر بالوفاء طبقاً للقانون (٣) . وكقاعدة عامة انشاء اللجنة المتقدمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمنازعات الخاصة بطرد المستأجر عند انتهاء العقد متى توافر الاستعجال وانعدام النزاع الجدى فى واقعة انتهاء العقد . ومن ثم اذا رفع المؤجر دعواه ضد المستأجر طالباً طرده استناداً الى انتهاء العقد ، فتمسك المستأجر أن العقد قد امتد عملا بالمادة ٣٩م (١) من قانون الاصلاح الزراعى (معدلة بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢) وأصر المؤجر أن العقد انتهى بسبب عدم الوفاء بالأجرة طبقاً للقانون أو بسبب أن العقد لا تسرى عليه المادة ٣٩ م (١) لأنه لا يتعلق بأرض زراعية ، بل يتعلق مثلا بأرض داخل كردون المدنية ، فإن القاضى المستعجل يفحص هذا النقاش من ظاهر المستندات ، فإن استبان له جدية ما يقرره المؤجر قضى بطرد المستأجر (٤) .

---

(١) فى رقم ٦٢

(٢) راتب ونصر الدين كامل رقم ٢٢٧

(٣) ، (٤) المرجع السابق رقم ٢٤٠ ورقم ٢٦٢ والأحكام المشار اليها .

هذا مع ملاحظة أن القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ الصادر فى ٤ أكتوبر سنة ١٩٦٢ ، لا ينص على أنه عند إخلال المستأجر بالتزاماته يعتبر العقد منتهياً من تلقاء ذاته فحسب ، بل ينص أيضاً على أن ذلك دون حاجة الى أعذار أو التجاء الى القضاء .

٦٦ — اختصاص القضاء المستعجل بعد انهاء العلاقة الايجارية بارادة المستأجر :

اذا امتد عقد الايجار بقوة قانون الاصلاح الزراعى ، وعلى الرغم من ذلك اتفق المستأجر مع المؤجر على انهاء الايجار فى تاريخ معين ، وكان ذلك الاتفاق قد تم بطبيعة الحال بعد صدور القانون بمد الايجار بقوته فإن المستأجر لا يملك بعدئذ التحدى بقانون الاصلاح الزراعى الذى يوجب المد بقوته ، ويكون قد تخلى عن حماية المشرع له ، وعندئذ يملك القضاء المستعجل الحكم بطرده ، بشرط التحقق من أن النزول عن الايجار قد تم بعد صدور القانون بمد الايجار وذلك لأن المشرع حين يأمر بامتداد عقود الايجار جبراً انما يراعى جانب المستأجر قاصداً حمايته ورعايته ، وبنزوله عن هذا الحق تزول صفته كمستأجر مما يحق طرده متى انقضى الميعاد المحدد لإنهاء العقد . انما اذا نشأ نزاع جدى حول حصول الاتفاق المتقدم أو عدم حصوله بأن أنكره المستأجر أو ادعى بتزويره ، امتنع على القاضى المستعجل الحكم بالطرد .

٦٧ — اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ قرارات اللجنة ، أو بعدم الاعتداد بقرارها المعدوم :

لا شبهة فى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الاشكالات الوقتية عند تنفيذ قرارات اللجنة ، فهذه الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم من القرار المراد تنفيذه ، وانما هى تتعلق بالمنازعات الوقتية بصدد توافر شروط التنفيذ أو عدم توافرها ، ويقضى فى شأنها بوقف التنفيذ مؤقتا أو بالاستمرار فيه ريثما يفصل فى أصل الحق وهو هنا الاشكال الموضوعى فى التنفيذ (١)

(١) راجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٥٠ وما يليه والمراجع والأحكام المشار اليها .

والجدير بالذكر أن وقف التنفيذ يتم أمام القضاء المستعجل بماله من ولاية عامة فى هذا الصدد ، ولا يتصل عن قريب أو بعيد بذلك الحق المخول للمحكمة التى تنظر النزاع فى وقت تنفيذ قرار اللجنة عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فهذه المحكمة لا تملك الحكم بوقف التنفيذ إلا اذا تم الادلاء بالطلب فى صحيفة الدعوى الموضوعية ولا تحكم به المحكمة إلا إذا كان يترتب على التنفيذ أضرار لا يمكن تلافيها ، ويعتبر حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن بقوة القانون متى وقف سير الدعوى بفعل المدعى أو اذا نزل عنها أو شطبت . كل هذا بينما وقف التنفيذ أمام القضاء المستعجل لا يشترط فيه ما تقدم ، بل لا يقبل الطلب أمام ذلك القضاء اذا كان مبناه أن التنفيذ يترتب عليه ضرر لا يمكن تلافيه ، وانما يقبل الطلب اذا تبين للقاضى المستعجل تخلف شرط من شروط التنفيذ على النحو المتقدم ذكره .

ومما لا شك فيه أن القاضى المستعجل يملك وقف تنفيذ القرار اذا استبان له أنه معدوم ، أيا كانت وجهة النظر فى تكييف طبيعة قرار اللجنة وكونه قضائياً أم إدارياً ، ويملك الحكم بعدم الاعتداد به (١) .

كما يملك القاضى المستعجل وقف التنفيذ اذا تبين له أن القرار باطل ، على اعتبار أنه صادر من هيئة قضائية وفقاً لما قدمناه (٢) .

ومن باب أولى يملك القضاء المستعجل وقف تنفيذ القرار ، أو عدم الاعتداد به إذا استبان له أن اللجنة قد فصلت فيما لا يدخل فى اختصاصها على وجه الاطلاق .

٦٨ — ما تختص به اللجنة على الرغم من صدور قرارها فى النزاع :

اذا أصدرت اللجنة قرارها عملا بالقانون المتقدم ، وعلى الرغم من عدم قابليته لأى طعن ، فإنها مع ذلك تملك نظر الطلبات الآتية بصدده عملا بالأصول العامة :

---

(١) (٢) راجع ما قدمناه فى رقم ٦٢ — وأنظر حكم محكمة الزقازيق الابتدائية بهيئة استئنافية ٢٩ أكتوبر ١٩٦١ فى الاستئناف رقم ٤٨٩ سنة ١٩٦٠

٦٩ — (١) طلب تفسير منطوق القرار :

يجوز لكل ذى مصلحة من الخصوم أن يطلب من اللجنة تفسير منطوق قرارها اذا شابه لبس أو غموض . ويقدم الطلب بالاجراءات المقررة . ويعتبر القرار الصادر بالتفسير من كل الوجوه متمما للقرار الذى يفسره ويسرى عليه ما يسرى على هذا القرار من حظر يتصل بعدم قابليته لأى تظلم . كل هذا بشرط إلا يتخذ تقديم هذا الطلب ذريعة للتوصل الى تعديل قرار اللجنة الأصلى وهذا مما لا تملكه هى بسبب استنفاد ولايتها بالنطق به واذا كان مطلوب الخصم هو فى الواقع تعديل قرار اللجنة فإنها تأمر بعدم قبول طلب التفسير .

٧٠ — (٢) طلب تصحيح ما يقع فى منطوق قرار اللجنة من أخطاء مادية بحتة حسابية أو كتابية مؤثرة فى التنفيذ :

مما لاشك فيه أن اللجنة عملا بالقواعد الأساسية فى المرافعات (راجع المادة ٣٦٤) تملك تصحيح ما يقع فى منطوق قرارها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ، ويجرى كاتب اللجنة هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقعه هو ورئيس اللجنة .

ولما كان التصحيح المتقدم لايعد من قبيل الطعن فى القرار فإن طلب التصحيح يقبل على الرغم من عدم قابلية القرار لأى طعن ، بشرط أن المنطوق أو الأسباب ، المكملة له مشوبة بخطأ مادى — كتابى أو حسابى — كالخطأ فى عملية حسابية مثلا .

وكل هذا مشروط بعدم المساس بحجية القرار الأصلى بتعديله أو تعديل الأسس التى قامت عليه .

٧١ — (٣) طلب نظر ما أغفلت اللجنة الفصل فيه :

اذا تقدم شخص الى اللجنة بعدة طلبات ، ثم أغفلت الفصل فى احداها جاز له إعادة تجديد الطلب اليها . بشرط أن يكون الطلب طلباً أصلياً والإغفال إغفالا كلياً ، بحيث لاتكون اللجنة قد فصلت ، فى الطلب بصورة

ضمنية كأن تكرن رفضته ، وكان هذا واضحاً من قولها مثلا « ورفض فيما عدا هذا من الطلبات ... الخ .. » كذلك اذا تقدم الشخص بدفع ، لم تشر اليه اللجنة ، فمعنى هذا انها رفضته بصورة ضمنية ، ولا يجوز بصدده اعادة تجديد النزاع .

وصورة اغفال أحد الطلبات الموضوعية أن يتقدم المدعى مثلا بطلب حسم الخلاف حول مساحة الأرض المؤجرة وطلب تحديد المصروفات التى يجوز قانونا اضافتها الى الايجار النقدى ، فتفصل اللجنة فى أحد الطلبين دون الطلب الآخر .

والقاعدة المتقدمة مقررة بنص المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات .

وبداهة لا يعتبر إعادة تقديم ما أغفلت اللجنة نظره من الطلبات من قبيل الطعن فى قرارها ، وانما هو جائز لأنه لا يمس حجية ذلك القرار الذى أغفل الفصل فى الطلب عن غير قصد ، ولا يعد من قبيل تجريحه .

يقدم الطلب بالاجراءات المقررة أمام اللجنة .

٧٢ — لا تملك اللجنة نظر الاشكالات الموضوعية عند تنفيذ قرارها أو الحكم ببطلانه أو انعدامه اذا كانت المادة ٤٧٩ / ١ من قانون المرافعات تنص على أن الاشكالات الموضوعية فى تنفيذ حكم ما يرفع الى ذات المحكمة التى أصدرته ، فان هذا مشروط بان تكون تلك المحكمة مختصة بها اختصاصا متعلقا بوظيفتها ، ولما كانت اللجنة المتقدمة لا تختص الا بما قرره القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فإنها لا تملك بأى حال من الأحوال نظر تلك الاشكالات كل هذا مع التسليم بأن تلك الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم فى القرار المراد تنفيذه .

كما لا تملك اللجنة للأسباب المتقدمة الحكم ببطلان قرار صادر منها أو من غيرها من اللجان ، أو الحكم بانعدامه .

الفصل الثاني

الاجراءات المقررة امام اللجنة

٧٣ – رفع الطلب إلى اللجنة – بياناته – أثر رفعه :

تنص المادة السادسة من القانون على أن المنازعة ترفع إلى اللجنة بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى سكرتاريتها دون رسوم .

ويتعين أن يحرر الطلب من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعى عليهم وعدد أعضاء اللجنة ، سواء الاعضاء الاصلين أم أولئك المندوبون عن الوزارات والمصالح المشار اليها فى المادة الأولى .

ولايترتب ثمة بطلان اذا لم يقدم المدعى العدد المتقدم من الصورة بما يكفى أعضاء اللجنة ، ويكون على سكرتارية اللجنة أن تكلفه باستكمال العدد المطلوب ، ولوكان ذلك بعد رفع المنازعة .

وانما لايقبل الطلب إذا لم يقدم المدعى الصور الكافية لاعلان المدعى عليهم بها . ويجب أن يشتمل على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، وموطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر اللجنة ، وموضوع الطلب وقائع الدعوى وادلتها والمستندات المؤيدة لكل ذلك .

ومن ثم يتعين أن يذكر فى الطلب البيانات الآتية :

١ – اسم المدعى ولقبه واسم الشهرة ان كان ، والصفة التى يعمل بها واسم من يمثله وموطنه .

٢ – اسم المدعى عليه ولقبه واسم الشهرة إن كان وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته وموطنه الخ....

٣ — موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر اللجنة إذا لم يكن بها موطنه الاصلى .

٤ — وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعى واسانيدها .

ويجب أن ترفق بالطلب سائر المستندات المؤيدة له .

ولما كان المقصود من البيانات المتعلقة بكل من المدعى والمدعى عليه هو التعريف بهذا أوذاك ، فلا يترتب ثمة بطلان الا إذا كانت تجهل به .

ولايترتب ثمة بطلان إذا لم يحدد المدعى له موطنا مختارا على النحو المتقدم

كمالا يترتب ثمة بطلان إذا لم يذكر المدعى موضوع المنازعة بالتفصيل مكتفيا بذكر مطلوبه والمستندات التى تؤيده .

وعلى أى حال إذا حضر المدعى عليه فى الجلسة جاز استكمال البيانات فى مواجهته وتصحيحها (راجع الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون المرافعات مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى تجيز تصحيح الاجراء الباطل بشرط أن يتم التصحيح فى خلال الميعاد المقرر لاتخاذه) .

وعلى سكرتارية اللجنة أن تعطى الطالب إيصالا بتاريخ تقديم الطلب ما أرفق به من مستندات .

والجدير بالذكر إن تقديم الطلب على النحو المتقدم يقطع مدة التقادم السارية لمصلحة المدعى عليه ، لأن القانون يوجب الالتجاء إلى هذا الطريق قبل رفع الدعوى إلى القضاء .

ويجب عرض الطلب على رئيس اللجنة خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تقديمه لتحديد جلسة لنظر المنازعة فى موعد لايجاوز أسبوعا من تاريخ تقديم الطلب .

ولما كان هذا الميعاد أو ذاك قد قصد به مجرد تعجيل الفصل فى المنازعة فانه لايترتب ثمة بطلان عند مخالفته .

وتنص المادة ٧/٢ على أن يتولى **سكرتارية اللجنة اعلان الخصوم بالطريق الادارى** بصورة من الطلب وبتاريخ الجلسة قبل موعدها بأربع وعشرين ساعة على الأقل .

وإذا تمسك المدعى عليه أمام اللجنة بانه لم يمنح الميعاد المتقدم للحضور وجب تأجيل نظر المنازعة إلى جلسة تالية احتراما لحوقق الدفاع .

وإذا كان المدعى عليه يقيم فى غير البلدة التى بها مقر اللجنة وجب أن تراعى سكرتاريتها اضاقة ميعاد مسافة إلى الميعاد المتقدم حتى يفيد من الميعاد كاملا ، وحتى تحترم الاصول العامة فى التقاضى ، ذلك لأن القانون يوجب اضافة ميعاد مسافة إلى سائر المواعيد المقررة للحضور أولاتخاذ الاجراءات (راجع المادة ٢١) .

ويحتسب الميعاد المتقدم بالساعات عملا بالمادة ٢٠ ، ولايحتسب اليوم ، ومن ثم لا تحتسب الساعة المقررة للحضور ، ويحتسب أربع وعشرون ساعة قبلها ، فاذا كان حضور الخصم واجبا مثلا الساعة العاشرة من يوم ما جاز اعلانه فى الساعة الثامنة من اليوم السابق عليه ، أما إذا احتسب الميعاد باليوم فلايكون من الجائز اعلان الخصم فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة (١).

وليس ثمة مايمنع اللجنة من تأجيل نظر المنازعة وتمكين المدعى عليه من الاستعداد بمنحه ميعادا أطول من الميعاد المتقدم .

٧٤ ــ لايلزم توقيع أحد المحامين على الطلب وإن كان لا يجوز للخصوم توكيل غير المحامين فى الحضور عنهم أمام اللجنة :

لايوجب القانون توقيع محام على الطلب المتقدم ، ومن ثم يكون صحيحا بغير هذا التوقيع . كما لايوجب ذلك قانون المحاماه . وإن كانت المادة ٨ التى تجيز حضور الخصوم بانفسهم لا تجيز توكيل غير المحامين

(١) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات عن المادة ٢٠

فى الحضور عنهم أمام اللجنة ماعدا الاقارب والاصهار إلى الدرجة الثالثة . وهذه القاعدة منقولة عن المادة ٨١ من قانون المرافعات .

٧٥ – جلسات اللجنة علنية – وجوب التحقق من صحة اعلان من يتخلف عن الحضور من الخصوم :

تنص المادة الثامنة على أن جلسات اللجنة علنية . وعملا بالاصل العام فى التشريع يجوز أن تأمر بنظر المنازعة فى جلسة سرية – من تلقاء نفسها أوبناء على طلب أحد الخصوم – إذا كانت اعتبارات النظام العام تقتضى ذلك ، على أن يصدر قرار اللجنة فى جميع الأحوال فى جلسة علنية والا كان باطلا ، ولان المشرع عندما يوجب أن تكون الجلسة علنية انما يقرر ضمانة هامة للمتقاضين حتى يشرف الشعب على عمل اللجنة ويكون رقيبا عليها (١)

ويوجب القانون على اللجنة قبل الفصل فى الطلب فى غيبه من يتخلف عن الحضور من الخصوم التحقق من صحة اعلانه من تلقاء نفسها .

٧٦ – اجراءات الاثبات :

يجيز القانون للجنة سماع أقوال من ترى سماع أقوالهم من الشهود ، وذلك بعد حلف اليمين ، هذا مع مراعاة قواعد القانون فى صدد مايجوز اثباته بشهادة الشهود ، ومالا يجوز . وبعبارة أخرى ، يتعين على اللجنة أن تأخذ قواعد الاثبات الموضوعية عن القانون المدنى أخذا صحيحا ، سواء فيما يتصل بقبول دليل الاثبات أو عدم قبوله ، أو فيما يتصل بقوة ذلك الدليل .

ويتعين على اللجنة أيضا الاعتداد بقواعد قانون المرافعات فيما يتصل بما لايجوز سماع شهادته (راجع المادة ٢٠٣ ومايليها) (٢).

---

(١) المرجع المتقدم عن المادة ١٢١

(٢) المرجع المتقدم عن المادة ٢٠٣ وما يليها .

وتنص المادة الثامنة من القانون على أن اللجنة تملك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الارض موضوع النزاع أوتندب لذلك أحد أعضائها أوغيرهم ويحرر محضر يبين فيه جميع الاعمال المتعلقة بالمعاينة ونتيجتها .

واذن يكون للجنة عملا بالنص المتقدم الانتقال الى أرض النزاع للمعاينة بنفسها أو بوساطة أحد أعضائها أو أحد ممن هو منتدب من الوزارات والمصالح المشار اليها فى المادة الأولى من القانون أو أحد من الخبراء .

كما تجيز المادة الثامنة أيضا استجواب الخصوم .

وتجيز الفقرة الثانية من المادة الرابعة للجنة أن تستعين بمن ترى الاستعانة بهم من ذوى الخبرة من غير أعضائها ، سواء ممن له صوت معدود فى المداولة أو ممن ليس له هذا الصوت .

وبعبارة عامة ، يكون للجنة اتخاذ ما ترى اتخاذه من اجراءات الاثبات سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، أو بناء على طلب أولئك المندوبين عن الوزارات أو المصالح المشار اليهم فى المادة الأولى ، وذلك بقصد أن تستنير وتكون اقتناعها على أساس صحيح من القانون ، مراعية فى ذلك ما يقبل من أدلة الاثبات وما لا يجوز قبوله عملا بقواعد القانون المدنى .

هذا ويلاحظ أن المادة الرابعة من القانون تلزم الطرف الخاسر فى النزاع باتعاب الخبرة ، وهى بهذا تضع قاعدة تخالف ما يقرره قانون المرافعات فى الفصل المتعلق بمصاريف الدعوى ، فالمادة ٣٥٨ تنص على أن للمحكمة أن تحكم بالزام الخصم الذى كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها اذا كان الحق مسلما به من المحكوم عليه أو كان المحكوم له قد تسبب فى انفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات ، والمادة ٣٥٩ تنص على أنه اذا أخفق كل من الخصمين فى بعض الطلبات جاز الحكم بان يتحمل كل خصم مادفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بين الخصمين على حسب ما تقدره المحكمة فى حكمها كما يجوز لها أن تحكم بجميعها على أحدهما .

ونرى أنه يجوز للجنة الا تلتزم حرفية الفقرة الثانية من المادة الرابعة ، ذلك لأنها لا تقصد فى الواقع الا تقرير القاعدة العامة فى هذا الصدد ، دون اخلال بما تقتضيه الاعتبارات المقررة فى المادة ٣٥٨ أو المادة ٣٥٩ من قانون المرافعات .

٧٧ — جواز ابداء طلبات عارضة :

يجوز لكل خصم ابداء طلبات عارضة بشرط أن تكون اللجنة مختصة بها ، وبشرط أن تكون مرتبطة بالنزاع الأصلى حتى لا يتعطل الفصل فيه ، وذلك فى الحدود والحالات المقررة فى قانون المرافعات ، سواء بالنسبة للطلبات الاضافية التى يملك المدعى الادلاء بها بعد رفع الدعوى أو بالنسبة لدعاوى المدعى عليه ، أو حالات التدخل أو اختصام الغير . (راجع المادة ١٤٣ من قانون المرافعات وما يليها) .

٧٨ — انعقاد اللجنة :

تنص المادة الثانية على أن تعقد اللجنة جلستها مرة كل أسبوع على الأقل خلال الشهرين السابقين على بدء السنة الزراعية والشهر الأول منها ثم تعقد جلستها بعد ذلك فى المواعيد التى يحددها رئيس اللجنة طبقاً لاحتياجات العمل .

الفصل الثالث

قرار اللجنة

صدوره — عدم قابليته للطعن — تنفيذه وحجيته

٧٩ — صدور القرار — بياناته — لا يصدر باسم الأمة :

رأينا أن قرار اللجنة يجب أن يصدر فى جلسة علنية والا كان باطلا (١).

ونضيف أن القانون فى المادة الرابعة منه يوجب أن يصدر القرار بأغلبية آراء أعضائها ، وإذن لا يلزم أن يصدر باجماعهم . ولا يكون للاعضاء المندوبين من الوزارات والمصالح المذكورة فى المادة الأولى صوت معدود ، وأن كان يجوز اشتراكهم فى المداولات التى يجب أن تتم سراً بين سائر الأعضاء وحدهم دون أن يشترك معهم أى خبير ولو كان منتدباً لاجراء عمل من أعمال الخبرة أمام اللجنة . فاذا اشترك فى المداولة غير المتقدم ذكرهم كانت باطلة ، وتلغى سائر قرارات اللجنة الصادرة إثرها .

واذا كان القانون يوجب صدور القرار فى مدة لاتجاوز ثلاثة أسابيع من تاريخ أول جلسة ، فانه لا يترتب ثمة بطلان عند مخالفة هذا الميعاد ، فمن الخير أن يصدر قرار اللجنة ناطقا بعدالته ولو جاوزت الميعاد المتقدم ، من أن يصدر محترما الميعادر مجافياً العدالة .

والمقصود بالجلسة الأولى فى المادة الرابعة ، هى الجلسة التى بدأت فيها المرافعة لا الجلسة التى تؤجل اليها لاعادة اعلان من لم يعلن من الخصوم أو من أعلن منهم باجراء باطل ، اذ لاتملك اللجنة نظر الموضوع فى هذه الجلسة ، فلا يصح أن تحاسب من بدء تاريخها .

---

(١) راجع رقم ٧٥

والمقصود باصدار القرار فى المادة الرابعة هو النطق به وكتابته على السواء (راجع المادة ٣٤٦ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

ويجب أن تتم كتابة القرار وفقاً للقواعد المقررة بالنسبة لكتابه الاحكام . وهذه القاعدة ليست فى حاجة الى نص يقررها ، فهى من الأسس الجوهرية فى التقاضى . فلا يتصور قرار قابل للتنفيذ صادر فى المنازعات المقررة فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ دون أن يثبت به أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم وموضوع المنازعة وما أدلى به كل منهم من طلبات ودفوع واجراءات الاثبات التى أمرت بها اللجنة ، وما أسفر عنه التحقيق فيها ، والمستندات التى قدمها الخصوم ، وما تمسك به هؤلاء فى جلسات اللجنة ، ومنطوق القرار والأسباب الواقعية والقانونية التى تبرره .

فيما يلى تفصيل لبيانات القرار :

١ — أسماء الخصوم وصفاتهم وحضورهم أو غيابهم واسم من حضر نيابة عنهم وصفته ، وموطن كل هؤلاء .

٢ — موضوع المنازعة ومطلوب كل خصم فيها .

٣ — ما أدلى به كل خصم من دفوع أو طلبات وما قدمه من مستندات أو أوراق .

٤ — ما أمرت به اللجنة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم من اجراءات الاثبات وما أسفر عنه التحقيق فى كل منها .

٥ — منطوق القرار .

٦ — أسباب القرار الواقعية والقانونية . وهذه لا تكتب الا بعد ذكر خلاصة ما قدمه الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية ومراحل الدعوى ، والحجج القانونية والأدلة الواقعية التى بنى عليها القرار .

٧ — تاريخ صدور القرار واللجنة التى أصدرته .

٨ — توقيع الرئيس وعضوى اللجنة دون توقيع المندوبين المشار اليهم فى المادة الأولى . ويجب أن يوقع الكاتب على القرار أيضاً ، مع بيان أسماء أعضاء اللجنة والمندوبين والكاتب .

ويبطل القرار اذا كان يجهل باسماء الخصوم أو اذا لم يتضمن أسماء أعضاء اللجنة الذين أصدروا القرار ، أو توقيع الرئيس أو تاريخ صدور القرار ، فهذه كلها من البيانات الجوهرية .

كما يبطل اذا لم يشتمل على أسبابه أو كانت هذه الأسباب مشوبة بقصور واضح . فالمشرع اذا كان يتطلب عقد جلسات اللجنة علنية حتى يشرف الشعب على عملها ، ويكون رقيباً عليها ، واذا كان يجيز للجنة أن تأمر بما يعن لها من اجراءات الاثبات فإن الغرض من كل هذا أن تصدر اللجنة قرارها مسبباً ناطقاً بعدالته حتى تتحقق رقابة الشعب وحتى يطمئن الخصوم الى عدالة اللجنة ، وحتى يضمن المشرع عناية اللجنة فى تقدير ادعاءات الخصوم وفهم ما أحاط بها من مسائل قانونية (راجع المادة ٣٤٩ من قانون المرافعات ، فى صدد بيانات الحكم وبطلانه) (١) .

هذا ويلاحظ أن قرار اللجنة لا يصدر باسم الأمة ، لأن الذى يتعين أن يصدر باسم الأمة هو الأحكام الصادرة من المحاكم فقط طبقاً لقانون السلطة القضائية ، وليست القرارات الصادرة من اللجان ولو كانت قضائية .

٨٠ — عدم قابلية القرار للطعن مشروط بكونه غير معدوم :

تنص المادة الخامسة على عدم قابلية القرار للطعن .

وقدمنا أن هذا النص لا يمنع اللجنة من تفسير قرارها أو تصحيح ما شابه من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت أم حسابية ، كما لا يمنعها من الفصل فيما أغفلت نظره من طلبات موضوعية كانت مقدمة اليها ولم تفصل فيها عن غير عمد.

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٤٩

هذا ويلاحظ أنه اذا فقد القرار ركناً جوهرياً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفته ولاتلحقه أى حصانه .

فمثلا يكون القرار معدوماً اذا صدر عن لجنة مشكلة من عضوين بدلا من الثلاثة المشار اليهم فى المادة الأولى ، أو اذا صدر منهم بعد أن زالت صفة أحدهم بالإحالة الى المعاش أو الفصل أو النقل الى وظيفة لم يحتفظ فيها بصفته التى تخول له الاشتراك فى عضوية اللجنة . كما يعتبر معدوماً القرار الصادر من اللجنة اذا كان أحد أعضائها قد أوقف عن عمله .. الخ .

ويعتبر معدوماً القرار الصادر على شخص توفى قبل رفع النزاع ، أو الصادر على قاصر غير ممثل فى الدعوى ، أو على من لم يعلن على وجه الاطلاق بالنزاع .

ويعتبر معدوماً القرار غير المكتوب أو غير الموقع عليه من الرئيس .

ونحيل على وجه العموم الى ما قدمناه تفصيلا (١) .

ويملك القضاء المستعجل عدم الاعتداد بالقرار المعدوم ، كما تملك المحاكم تجاهله .

ومتى اعتبر قرار اللجنة صادراً من هيئة قضائية يكون من الجائز رفع دعوى بانعدامه أمام جهة القضاء المدنى ، اذا أمكن تصور مصلحة فى هذا الصدد ، اذ يكفى أن يرفع صاحب المصلحة دعواه أمام القضاء طالباً الحكم فيما يدعيه ، ومتمسكاً بوقف تنفيذ قرار اللجنة المعدوم عملا بالمادة ٥ من القانون .

٨١ — تنفيذ القرار :

تقرر المادة الرابعة أن قرار اللجنة نهائياً واجب النفاذ . وتقرر المادة التاسعة أن الجهات الادارية — كل فى حدود اختصاصها — تتولى تنفيذ

---

(١) فى رقم ٤٥ والمراجع والأحكام المشار اليها .

قرارات اللجنة بنسخة مؤشر عليها من رئيسها وذلك دون حاجة الى اعلان الخصوم .

وهكذا يتبين مما تقدم أن المشرع بالنصوص المتقدمة يخالف القواعد المقررة التى توجب اعلان السند التنفيذى قبل التنفيذ ، والتى توجب التنفيذ بمقتضى صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ (راجع المادة ٤٥٧ وما يليها) .

كل هذا فضلا عن أن تنفيذ القرار يتم بوساطة الجهات الادارية ، كل فى حدود اختصاصها .

٨٣ — شروط وقف تنفيذ قرار اللجنة :

تنص المادة الخامسة على أن يظل قرار اللجنة نافذاً حتى يصدر حكم انتهائى من المحكمة المختصة أى غير قابل للاستئناف ، سواء بسبب صدوره فى حدود النصاب الانتهائى لمحكمة الدرجة الأولى أو بسبب عدم الطعن فيه بالاستئناف فى الميعاد ، أو بسبب حصول هذا الطعن صدور الحكم فى الاستئناف . وعندئذ يكون حكم المحكمة الحائز لقوة الأمر المقضى به أولى بالتنفيذ من قرار اللجنة (١) .

وواضح مما تقدم أن المشرع يحبذ الابقاء على قرار اللجنة وتنفيذه ولو صدر من المحكمة حكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل ، وذلك على اعتبار أن النفاذ المعجل حالة استثنائية قد تزول بمقتضى حكم المادة ٤٧٢ ، كل هذا ما لم تحكم المحكمة بوقف تنفيذ قرار اللجنة عملا بالمادة الخامسة .

ويشترط لقبول طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ما يلى :

١ — أن يرفع النزاع الى المحكمة المختصة باجراءات صحيحة ، فلا يعتد بالطلب اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها أو بعدم قبول الدعوى الأصلية

---

(١) جدير بالاشارة أن الحكم الذى يقبل التنفيذ هو الحائز لقوة الأمر المقضى به ما لم يكن النفاذ المعجل جائزاً بقوة القانون أو حكم المحكمة .

لأى سبب من الأسباب كانتفاء الصفة مثلا ، أو قضت ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن لأى سبب من الأسباب .

٢ — يجب الادلاء بطلب وقف التنفيذ فى عريضة الدعوى ، وفى هذا تنص المادة ٥/٣ على أنه يجب أن يكون طلب وقف التنفيذ مقترناً بطرح النزاع الموضوعى فى عريضة الدعوى وإلا قضت المحكمة بعدم قبوله .

واذن لا يكفى الادلاء به فى أول جلسة ، أو فى مذكرة تقدم فى هذه الجلسة أو فى صحيفة الاستئناف . بل يتعين الادلاء به فى صحيفة الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى والا افترض المشرع عدم جدية الطلب . فالمقصود من هذا الطلب هو فى الواقع الحكم مؤقتاً بعدم الاعتداد بقرار اللجنة حتى يصدر حكم المحكمة ، ومن ثم أوجب المشرع أن يحصل التمسك بالطلب فى صلب عريضة افتتاح الدعوى واذا لم يرد فيها فلا يجوز التمسك به لأول مرة ولو أعلن الخصم بالطلب مع عريضة الدعوى ، اذ يلاحظ أن الدعوى ترفع — بعد صدور القانون رقم ١٠٠ — بعريضة تقدم الى قلم كتاب المحكمة ويؤدى عنها الرسم كاملا قبل اعلانها ، وتعد قاطعة للتقادم من وقت تقديم صحيفتها الى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا (راجع المادة ٦٩ ومايليها) .

ولا يلزم ذكر أسباب طلب وقف التنفيذ فى عريضة الدعوى .

٣ — يشترط حتى تحكم المحكمة بوقف التنفيذ أن تترتب عليه أضرار لا يمكن تلافيها ، كما اذا كان من مقتضى ذلك اخراج المستأجر وانهاء عقده ، وقد يتسلم الأرض بعدئذ مستأجر آخر مما يصعب معه والحال كذلك من إعادة الوضع القانونى الى ما كان عليه .

ويوجب القانون على المحكمة اذا ما أمرت بوقف التنفيذ أن تصدر حكمها فى النزاع على وجه السرعة . وهذا التعبير لا يترتب عليه الا مجرد حث المحكمة على سرعة انجاز الدعوى دون أن تترتب عليه أى نتائج بالنسبة الى الاجراءات أو قدر المواعيد المقررة (راجع المادة ١١٨ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

ولقد رأينا عند دراسة اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ قرارات اللجنة أنه لا يملك وقف التنفيذ بمقتضى المادة الخامسة ،

وأن هذا الوقف يختلف من حيث طبيعته ومن حيث شروطه عن وقف التنفيذ عند رفع الأشكالات الوقتية .

٨٣ — استئناف الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ عملا بالمادة الخامسة :

لما كان طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة مؤقتاً عملا بالمادة الخامسة يعتبر من الطلبات الوقتية ، فإن الحكم الصادر فيه يعتبر أيضاً وقتياً ، ومن ثم يجوز استئنافه فى جميع الأحوال مهما تكن قيمة الدعوى الأصلية ، وذلك عملا بالمادة ٣٩٥ من قانون المرافعات ، كما أنه يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٣٧٨ واستثناء من القاعدة العامة المقررة بالنسبة الى الأحكام الفرعية .

هذا ويلاحظ أن محكمة النقض تتجه الى نحو آخر فى أحكامها ، فقد قضت بأن الحكم الصادر برفض طلب وقف النفاذ (فى التطبيق للمادة ٤٧٢) لا يقبل الطعن استقلالا عملا بالمادة ٣٧٨ (١) ، وقضت بأن الحكم برفض التظلم من قضاء محكمة الدرجة الأولى بشمول حكمها بالنفاذ (فى التطبيق للمادة ٤٧١) لا يقبل الطعن بالنقض على استقلال ، وبأنه لا يغير من هذا النظر كون المادة ٤٧١ تجيز الطعن استقلالا فى التظلم من الوصف لأن ذلك قد أتى على خلاف الأصل المقرر فى المادة ٣٧٨ (٢) .

ونحن نرى أن الحكم فى طلب وقف النفاذ أو فى التظلم من الوصف هو حكم فى صميم طلبات الخصم ، ويحسم النزاع فى صدد هذه الطلبات ومن ثم يقبل الطعن المباشر دون أن يخضع لحكم المادة ٣٧٨ التى تتصل فقط بالأحكام الفرعية تلك التى لا تصدر ، فى صميم مطلوب الخصوم(٣) ومثل ما تقدم مثل من يتقدم الى المحكمة بعدة طلبات تقضى المحكمة فى أحدها فان الحكم فيه يعتبر موضوعياً ،ولا يصح بعدئذ بحث ما اذا كان منهياً للخصومة أو غير منه لها ، فهذا البحث لا يتدرج اليه الا اذا كان الحكم فرعياً (٤) .

---

(١) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٥٥ السنة ٦ ص ١٦٤٤

(٢) نقض ٣٠ يونية ١٩٥٣ السنة ٤ ص ١٢٥٧

(٣) كتاب نظرية الأحكام رقم ٢١٩ ، وقارن رمزى سيف الوسيط رقم ٦٢٢

(٤) أنظر فى تفسير القاعدة على وجه تفصيلى كتاب نظرية الأحكام رقم ٣٤٦ م .

٨٤ — جواز الاستشكال فى تنفيذ قرار اللجنة من الناحية الموضوعية والوقتية :

النص على منع الطعن فى قرار اللجنة ، أو النص على أنه يقبل التنفيذ فوراً لا يحرم صاحب المصلحة من الاستشكال عند تنفيذ ذلك القرار ، سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الوقتية ، ذلك لأن هذه الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم فى القرار المراد تنفيذه ، وانما هى تتعلق بمدى توافر شروط تنفيذه أو عدم توافرها ، ويقضى فى شأنها ببطلان التنفيذ أو بصحته أو بجوازه أو عدم جوازه ، إن كان الاشكال موضوعياً ، ويقضى بوقف التنفيذ أو بالاستمرار فيه إن كان الاشكال وقتياً .

ويرفع الاشكال الوقتى الى قاضى الأمور المستعجلة بالاجراءات المقررة فى المادة ٤٨٠ وما يليها ، بينما لا يرفع الاشكال الموضوعى الى اللجنة التى أصدرت القرار المراد تنفيذه لأن اختصاصها محدد على سبيل الحصر وليس من بينه نظر هذا الاشكال ، ومن ثم لا يعمل فى هذا الصدد بنص المادة ٤٧٩ ، وانما يرفع الى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وهذه القاعدة هى المتبعة أيضاً بالنسبة الى أحكام المحكمين ، فإشكالات تنفيذها ترفع الى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع الموضوعى عملا بالمادة ٨٤٥ من قانون المرافعات . وهذه المحكمة أجدر المحاكم على الفصل فى الاشكال الموضوعى خاصة وأنه قد يرفع اليها بعدئذ النزاع ، وتصدر فيه حكما فى موضوعه وفى طلب وقف تنفيذ القرار .

٨٥ — متى يعتبر حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن :

تنص المادة ٤/٥ على أنه اذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ وجب أن تصدر حكمها فى النزاع على وجه السرعة ، ويعتبر أمر وقف التنفيذ كأن لم يكن اذا أوقف نظر الدعوى لأسباب راجعة للمدعى أو تنازل عنها أو ترك الخصومة فيها أو شطبت .

ولقد قصد المشرع بالنص المتقدم تفادى النتائج المترتبة على مشاكسة المدعى اذا رفع الدعوى الموضوعية بقصد الادلاء بطلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ،

ثم صدر الحكم بوقف التنفيذ محققاً ما يبتغيه ، وبعدئذ ينزل عن الدعوى الأصلية ويتركها فيضار الخصم الآخر ، لعودته الى مركزه القانونى السابق على صدور القرار .

واذن متى أجيب المدعى الى طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ، وجب عليه السير فى الدعوى حتى يصدر الحكم فى موضوعها ، فاذا وقف السير فيها بفعله أو بامتناعه ، أو اذا نزل عنها وتركها فان الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار يصبح كأن لم يكن **بقوة القانون** وغير حاجة الى صدور أى حكم يقرر ذلك .

ونشرح فيما يلى حالات وقف الدعوى التى ترجع إلى فعل المدعى وحالات انقضاء الخصومة بغير حكم فى موضوعها التى ترجع أيضا إلى ارادته واهماله . و متى توافرت حالة من هذه الحالات فإن حكم وقف تنفيذ القرار يعتبر كأن لم يكن ولو كان صادراً من محكمة الدرجة الثانية وثمة حالات أخرى يكون فيها الوقف باتفاق الطرفين ، وهنا لايعتبر وقف الخصومة قد تم بفعل المدعى أو امتناعه أو اهماله ، وانما يكون ، قد تم بموافقة المدعى عليه ، ومن ثم لا يجوز له أن يفيد بعدئذ من الوقف ويتمسك بتنفيذ قرار اللجنة .

١ — إذا شطبت الدعوى عملا بالمادة ٩١ بسبب تغيب كل من المدعى والمدعى عليه فانه يجوز على الفور تنفيذ قرار اللجنة ويعتبر الحكم بوقفة كأن لم يكن ، كذلك من باب أولى إذا لم يعجل المدعى دعواه فى خلال ستة أشهر من تاريخ الشطب ، فانها تعتبر كأن لم تكن أيضاً عملا بالمادة ٩١ .

٢ — إذا اتفق الطرفان على وقف السير فى الدعوى عملا بالمادة ٢٩٢ ، فلا يجوز للمدعى عليه المطالبة بتنفيذ القرار ، كما قدمنا ، وانما إذا انقضت مدة الوقف ، ولم تعجل الدعوى فى ثمانية الأيام التالية لانقضاء مدة الوقف فإن المدعى يعتبر تاركاً دعواه عملا بالمادة المتقدمة ، ومن ثم يجوز تنفيذ قرار اللجنة ، ويعتبر الحكم بوقف التنفيذ كأن لم يكن .

٣ ـ اذا وقف السير فى الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أيا كانت مدة الوقف ، فإن المدعى عليه يملك السير فى تنفيذ قرار اللجنة ، ولولم يحكم بعد بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١

٤ ـ إذا أوجبت المحكمة على المدعى تقديم مستند معين أو اتخاذ اجراء ما وامتنع عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة ، وقضت عليه بوقف الدعوى عملا بالمادة ١٠٩ ، فإن المدعى عليه يملك على الفور السير فى تنفيذ قرار اللجنة ، ولو كان الحكم بوقف الدعوى قابلا للاستئناف بل ولو طعن فيه المدعى بالفعل بهذا الطريق .

ومن باب أولى يجوز السير فى تنفيذ قرار اللجنة إذا حكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ١٠٩

٥ ـ إذا قضت المحكمة بوقف الدعوى حتى يستصدر المدعى حكماً فى مسألة أولية من محكمة أخرى عملا بالمادة ٢٩٣ ، ولم يقم هذا برفع النزاع على الفور فى تلك المسألة الأولية فإن خصمه يحق له على الفور السير فى تنفيذ قرار اللجنة .

٦ ـ إذا ترك المدعى الخصومة ـ أى تنازل عن اجراءاتها ـ عملا بالمادة ٣٠٨ من قانون المرافعات فانه يحق لخصمه على الفور السير فى تنفيذ قرار اللجنة .

كذلك إذا نزل المدعى عن أصل الحق الذى يدعيه وانقضت لذلك الدعوى الأصلية دون حكم فى موضوعها .

٧ ـ اذا صدر فى الدعوى حكم لمصلحة المدعى ثم نزل عن هذا الحكم ، فإنه لما كان النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به عملا بالمادة ٣١٢ ، فإن المدعى عليه يملك على الفور السير فى تنفيذ قرار اللجنة .

وانما إذا قام بالمدعى سبب من أسباب انقطاع الخصومة — وهى أسباب ثلاثة وردت فى التشريع على سبيل الحصر هى وفاة الخصم أو زوال صفته أو فقد أهليته — وترتب على ذلك وقف السير فى الدعوى بقوة القانون فإن ذلك لايعتبر بفعل المدعى وارادته ، ومن ثم لا يجوز السير فى تنفيذ القرار إلا إذا قام المدعى عليه ، باعلان ورثة خصمه (١) بقيام الخصومة ، وتراخى هؤلاء فى السير فى الدعوى التى رفعها مورثهم .

كذلك إذا تصالح الخصوم أثناء نظر الدعوى وتم ذلك بمحضر الجلسة على النحو المقرر فى المادة ١٢٤ فإن هذا الصلح هو الذى يعتد به بعدئذ ، وتترتب على أساسه حقوق الخصوم والتزاماتهم ، بشرط أن يتم فيما يجوز فيه الصلح . وعندئذ لايملك المدعى عليه السير فى تنفيذ قرار اللجنة ، و لو تراخى خصمه فى تنفيذ ما قرره عقد الصلح ، ذلك لأن هذا العقد يعتبر سندا تنفيذياً وإن كانت قابلا للتنفيذ الفورى عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات .

٨٦ — لا تتقيد المحكمة بقرار اللجنة عند اصدار حكمها فى الموضوع وإن كانت تتقيد فى صدد شموله بالنفاذ المعجل :

لايجوز قرار اللجنة حجية الشيء المقضى به عند نظر الدعوى الموضوعية ، والمحكمة لاتلتزم بالرد على الأسباب التى بنى عليها القرار ، كما أن المدعى ، كما قدمنا ، عند طرحه للخصومه أمام المحكمة لا يطعن على القرار للطعن فيه ، وانما هو يتقدم بالطلبات التى سبق أن أدلى بها أمام اللجنة دون إضافة أو تعديل أو تغيير سواء من ناحية الموضوع أو السبب أو الاطراف ، اللهم إلا لظروف تجد بعد صدور قرار اللجنة (٢) .

وإذا لم يطلب وقف تنفيذ قرار اللجنة أو إذا طلب صدور حكم بعدم قبول الطلب أو برفضه ، فإن محكمة الدرجة الأولى لا تملك شمول حكمها بالنفاذ المعجل ما لم يكن متطابقاً مع قرار اللجنة ، ذلك لأن

---

(١) أو من يقوم مقام من فقد أهليته أو زالت صفته .

(٢) راجع ما قلناه فى رقم ٦١

احترام القانون رقم ١٤٨ يستوجب حتما الابقاء على قرار اللجنة وعدم المساس بنفاذه وتنفيذه حتى صدور الحكم الانتهائى من المحكمة عملا بالمادة ٥/٢ من القانون المتقدم .

وإذا طلب وقف التنفيذ وقضت المحكمة به مؤقتا على النحو المقرر فى المادة ٥/٤ ، فان المحكمة تملك بعدئذ شمول حكمها بالنفاذ المعجل وفقاً للقواعد المقررة ولو تعارض حكمها مع قرار اللجنة .

وإنما يدق الأمر اذا قضت المحكمة بوقف تنفيذ قرار اللجنة مؤقتا ، ثم شملت حكمها بالنفاذ المعجل ، دون أن يتطابق هذا مع ذاك ، ووقف بعدئذ سير الاستئناف بفعل المدعى ، وهنا الاعتبارات العملية هى التى تعجل بانهاء هذه الحالة القانونية الشاذة ، فإن تغلبت مصلحة المدعى فى تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى فانه سوف يعجل الاستئناف على الفور ، حتى لايعتبر الحكم بوقف تنفيذ قرار اللجنة كأن لم يكن عملا بالمادة ٥/٤ ، وإلا فانه سوف يتراخى فى السير فى الاستئناف ، ومتى وقف السير فيه المدة المقررة لسقوط الخصومة ، فان الاستئناف يسقط عملا بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات ، ويصير الحكم الابتدائى انتهائيا قابلا للتنفيذ بحكم القواعد العامة (راجع المادة ٣٠٥) .

٨٧ — جواز الاتفاق على التحكيم بصدد المنازعات المشار اليها فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

لما كانت منازعات الايجار المشار اليها فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ لا تتسم بطابع ادارى على وجه الاطلاق ، ولما كانت اللجنة كما قدمنا هى فى الواقع لجنة قضائية تفصل فى نزاع بين طرفين ، فإنه يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد هذه المنازعات بشرط أن يطبق المحكم أحكام قانون الاصلاح الزراعى ولا يخرج عنها لتعلقها بالنظام العام .

وبعبارة أخرى ، كون النزاع مما يتعين أن تطبق بصدده قاعدة موضوعية معينة متصلة بالنظام العام لايحرم الخصوم من جواز الاتفاق

على التحكيم بصددها ، لأنه لا يجعل ذات النزاع متصلا بالنظام العام .

ومن ثم يجوز التحكيم بالصلح فى المنازعات المتقدمة ، ويجوز التحكيم بالقضاء ، سواء اذا كانت الدعوى قائمة أمام اللجنة أم أمام محكمة الدرجة الأولى أم أمام محكمة الدرجة الثانية ، أم لم تطرح بعد على اللجنة .

وإذا جاء التحكيم بعبارة عامة ، فانه يحل محل اختصاص اللجنة ومحكمة الدرجة الأولى فقط ، ويكون حكم المحكم قابلا للاستئناف بحسب قيمة الدعوى عملا بالقواعد العامة (راجع المادة ٨٤٧ من قانون المرافعات) واذا جاء الاتفاق على التحكيم بعد صدور قرار اللجنة ، وجب على المحكم أن يطبق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فى كل ما اتصل بنفاذ قرار اللجنة أو جواز وقف هذا التنفيذ أو اعتبار القرار بوقف التنفيذ كأن لم يكن .

٨٨ — الاختصاص فى الاشراف على الخصومة فى التحكيم يكون للمحكمة وليس للجنة :

جدير بالذكر أن قانون المرافعات يخول — فى باب التحكيم — للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع اختصاصاً خاصافى كثير من الأحوال ، وذلك للاشراف على سير الخصومة فى التحكيم ، وهذا الاختصاص لا يجوز منحه بأى حال من الأحوال للجنة المتقدمة ، وذلك لأن اختصاصها كما قدمنا قد ورد على سبيل الاستثناء ولايجوز القياس عليه ، وانما يكون دائماً للمحكمة المختصة .

تذييل

بشرح الاجراءات المقررة فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣

بتعديل أحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى

٨٩ — شروط قبول الدعاوى الناشئة عن الايجار :

رأى المشرع استكمالا لحماية مستأجرى الأراضى الزراعية اضافة مبادىء هامة أساسية فى قانون الاصلاح الزراعى ، وذلك رعاية لهم ، وللأخذ بيدهم ليتجهوا نحو حياة أفضل ، وليتحرروا مما قبع عليهم منذ عهود طويلة . وبعض هذه المبادىء يتصل بالموضوع ، وبعضها يتصل بالشكل ، وهو الذى نشرحه فيما يلى :

نصت المادة ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى معدلة بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ على أنه يجب أن يكون عقد الايجار نقدا أو مزارعة ، ثابتاً بالكتابة مهما كانت قيمته . ويكتب العقد من ثلاث نسخ ، على الأقل تسلم احداها لكل من المتعاقدين ، وتودع نسخة أخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالقرية ، فان لم توجد أودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز ، التابعة له القرية الكائنة بها الأطيان موضوع التعاقد ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر ما لم يتفق الطرفان على أن يتولى المستأجر الايداع ويثبتا اتفاقهما فى العقد .

وتنص المادة ٣٦ مكررا على أنه اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع العقد ، وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك الى رئيس مجلس ادارة الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وعلى الجمعية أن تتحقق بكل الطرق ، من قيام العلاقة التأجيرية ، وعليها الاستعانة بأعضاء اللجنة القومية ، وسماع الشهود من الجيران وغيرهم فان ثبت للجمعية قيام هذه العلاقة كلفت الطرف الممتنع بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بتحرير عقد وتوقيعه خلال خمسة

عشر يوما من تاريخ تسلمه الكتاب . فان لم يذعن قامت الجمعية بكتابة العقد من ثلاث نسخ وسلمت كلا من الطرفين احداها واحتفظت بالثالثة . ويكون هذا العقد ملزما للطرفين .

وفى هذه الحالة يلزم الطرف الممتنع عن التوقيع بان يؤدى الى الجمعية مصاريف ادارية ، بنسبة واحد فى المائة من الأجرة السنوية للعين المؤجرة ، محسوبة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ، وبشرط الا تقل المصاريف الادارية عن جنيه والا تجاوز عشرة جنيهات وتحصل بطريق الحجز الادارى .

وتنص المادة ١٣٦ على أنه لا تسمع الدعاوى الناشئة عن الايجار مزارعة أو نقدا ، أمام أية جهة قضائية ، أو ادارية ، اذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة فاذا كان عقد الايجار مكتوبا ، ولم تودع منه نسخة مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة فلا تسمع الدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالايداع . فاذا رفعت الدعوى من الطرف الآخر ، وجب على الجهة المختصة بالفصل فيها أن تقضى على من أخل بالالتزام بالايداع بغرامة لا تجاوز نصف القيمة الايجارية مقدرة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية للاطيان محل العقد عن سنة واحدة .

وواضح من النصوص المتقدمة أن المشرع قد أوجب أن يكون عقد الايجار نقداً أو مزارعة ثابتا بالكتابة مهما كانت قيمة ، وأوجب ايداع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وأوجب الكتابة والايداع كشروط لقبول أية دعوى ناشئة عن الايجار .

ويجب أن تودع صورة طبق الأصل من عقد الايجار موقعا عليها من طرفيه ، فلا يعتد بالايداع اذا لم تكن الصورة موقعا عليها من الطرفين أو كانت غير مطابقة للاصل ، فى بيانات جوهرية متصلة باسماء الخصوم ، أو مساحة الأرض المستأجرة ، أو فى بيان تعيينها واذا تم الايداع بصدد جزء من الأرض المستأجرة فلا تسمع دعوى الايجار الا بصدد هذا الجزء وحده .

ولا يعتد بالايداع الذى يتم فى مقر جمعية تعاونية زراعية غير مختصة وذلك لأنه لا يتصور جهل المواطن بمقر الجمعية فى القرية أو بالمركز ، فيكون الاخلال بالاختصاص قد قصد به الكيد ، هذا فضلا عن أن نصوص القانون لا تعتد الا بالايداع الذى يتم فى الجمعية المختصة .

وعند امتناع أحد طرفى العقد عن التوقيع عليه وجب على الطرف الآخر اتخاذ اجراءات تؤدى به الى كتابة عقده ، وفقا لنص المادة ٣٦ مكررا المتقدمة ، فاذا أهمل فى هذا الصدد ولم يقم باتخاذ هذه الاجراءات امتنع عليه الالتجاء الى القضاء أو أية جهة ادارية للمطالبة بأى حق يخوله عقد الايجار ، ولا يلومن الا نفسه . وبعبارة أخرى ، يشترط القانون لسماع دعوى الايجار كتابة العقد ، وفضلا عن هذا الشرط يوجب ايداع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، بحيث لا تسمع الدعوى بأى حال من الأحوال اذا لم يكن عقد الايجار مكتوبا وانما اذا كان مكتوبا ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية — فان الدعوى تسمع فى هذه الحالة بشرط أن تكون مرفوعة ممن لم يخل بالالتزام بالايداع . ولهذا جاءت المادة ٣٦ مكررا توجب على الخصم وتلزمه باتخاذ الاجراءات التى تؤدى به الى الحصول على كتابة مثبتة للايجار وذلك عند امتناع خصمه عن التوقيع على العقد . وعندئذ يكون العقد ملزما للطرفين ، وتعتد بهذا أية جهة قضائية أو ادارية ، كل هذا فضلا عن أن الجمعية تودع من تلقاء نفسها نسخة من العقد بمقرها .

واذن ، نكرر القول بأن ثمة شرطين لقبول الدعوى الناشئة عن ايجار الأراضى الزراعية :

الأول : أن يكون العقد مكتوبا ، ولا استثناء على هذا الشرط ، لأن خصم الممتنع عن التوقيع على العقد يجب عليه بمقتضى المادة ٣٦ مكرراً اتخاذ الاجراءات التى تصل به الى الحصول على عقد مكتوب فى هذا الصدد .

والشرط الثانى : أن يكون العقد مودعا مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وهناك استثناء بصدد هذا الشرط ، فخصم الملزم بالايداع يملك

رفع الدعوى وعندئذ تسمع ويحكم على من أخل بالالتزام بالايداع بالغرامة المقررة فى المادة ٣٦أ .

ويشترط لاعمال الجزاء الخاص بعدم قبول الدعوى ما يلى :

١ — أن تكون الدعوى ناشئة عن الايجار مزارعة أو نقداً .

وهذا يقتضى من المحكمة أو الهيئة التى تنظر الدعوى تكييف العقد والاعتداد به بوصفه من عقود الايجار ، أيا كانت القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق وسواء أكان منصوصا عليها فى قانون الاصلاح الزراعى أم فى القانون المدنى أم فى غيره من القوانين .

واذا ثبت أن العقد هو بيع ثمرات حديقة ، فلا محل لاعمال الجزاء بطبيعة الحال ، هذا ولو كان مشترى الثمرات ملزما بحراسة الحديقة أو باقتطاف الثمرات .

٢ — أن تكون الدعوى ناشئة بطريق مباشر عن الايجار .

فمثلا اذا باع أ الى ب قطعة أرض زراعية ، واشترط البائع حتى سداد باقى الثمن أن يؤجرها المشترى ، ثم نشأ نزاع بصدد ما تم تسديده من الثمن ومالم يتم ، فان هذا النزاع يعتبر فى الواقع متعلقا بعقد الايجار متى كان الأمر لا يستلزم تطبيق قاعدة من قواعده .

واذا تعرض الغير للمستأجر ، فرفع هذا الأخير عليه دعوى منع التعرض أو أية دعوى من دعاوى الحيازة عملا بالمادة ٥٧٥ من القانون المدنى ، فان هذه الدعوى لا تعتبر بطبيعة الحال من دعاوى الايجار . وانما اذا رفع المستأجر الدعوى على المؤجر فان الذى يكيف العلاقة بينهما هو عقد الايجار ومن ثم تعتبر من دعاوى الايجار ولو كان موضوعها طلب عدم التعرض أو استرداد الحيازة (١)

---

(١) راجع ماقلناه فى هذا الصدد فى كتاب المرافعات رقم ١٢٧ ونقض ٨ يناير ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ ص ٤٢٣

٣ — أن تكون الدعوى قائمة بين أطراف عقد الايجار ، أى بين المؤجر والمستأجر ، لأن هذا العقد لا يرتب الا مجرد حقوق شخصية ، ولما كان الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين ، فالدعوى الشخصية لا يمكن أن يرفعها الا أحد طرفى هذه الرابطة فى مواجهة الآخر .

ومتى توافرت الشروط المتقدمة وجب على المحكمة أو اللجنة القضائية المختصة بنظر منازعات الايجار بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ أو أية هيئة ادارية أو هيئة تحكيم أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولو لم يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع ، بل ولو كان قابلا نظر الدعوى على الرغم من تخلف شرط قبولها ، أو كان قد أقر بحصول هذا الايجار وذلك لأن القانون صريح فى عدم قبول الدعوى فى هذا الصدد ، تحقيقا لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة مقتضاها رعاية طائفة مستأجرى الأراضى الزراعية ، فلا يتعلق الأمر اذن بشخص يملك النزول عن حقه ، وانما يتصل بتنظيم جوهرى يقتضيه مجتمعنا (١) .

كل هذا فضلا عن أن المادة ٣٦ مكررا تنص صراحة على أنه مع عدم الاخلال بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٤ يقع باطلا كل شرط أو اتفاق مخالف لأحكام المواد السابقة فى هذا الباب ، ويبقى العقد نافذا فيما عدا ذلك . واذن ، يجب إعمال الجزاء ولو اتفق الخصوم على عدم ايداع نسخة من عقد الايجار مقر الجمعية التعاونية الزراعية ، أو اتفقوا صراحة فى جلسة المرافعة على نظر الدعوى دون أن يكون عقد الايجار مكتوبا . كل هذا فضلا عن وجوب إعمال الجزاء ولو فى حالة عدم انكار التعاقد ، لأن نص القانون عام لا يجوز تخصيصه بغير مخصص(٢) ويملك المدعى عليه الدفع

---

(١) راجع المقدمة .

(٢) قارن اللائحة الشرعية التى تمنع عند الانكار سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ (م ٩٩ من اللائحة الشرعية) .

بعدم قبول الدعوى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات عملا بالمادة ١٤٢ ولتعلق هذا الدفع بالنظام العام .

ويجب الحكم بعدم قبول الدعوى ولو أبدى الخصم رغبته فى الايداع وطلب تأجيل الدعوى حتى يتمكن من هذا الايداع ، وذلك لأن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبوله أو غير مقبوله . كذلك لا تقبل الدعوى متى ثبت ان عقد الايجار لم يكن مكتوبا وقت رفعها ولو ابدى الخصوم استعدادهم لكتابته بعدئذ .

وبداهة ، يجب إعمال الجزاء ولو كان عقد الايجار قد فسخ أو انقضى لأى سبب من أسباب انقضائه ، اذ العبرة أن تكون الدعوى ناشئة عن عقد الايجار ، فمتى تطلب الأمر تطبيق قاعدة من قواعده وجب أن يكون الايجار مكتوبا وأن تودع نسخة من العقد مقر الجمعية التعاونية الزراعية ويستوى بعدئذ أن يكون المطلوب فى الدعوى هو فسخ العقد أو بطلانه أو أو التعويض لأى سبب من الأسباب الناشئة عن الاخلال بالالتزامات المقررة فى العقد أو فى القانون .

كل هذا مع ملاحظة أن الأثر الفورى للقانون الجديد يقتضى حتما كتابة عقود ايجار ، اذا لم يكن الايجار ثابتا بالكتابة ، ويقتضى ايداع نسخة من العقد مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة . وبعبارة أخرى ، ما دام الايجار كان قائما وقت صدور القانون الجديد ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه وجب الايداع والا كانت الدعوى غير مقبولة .

وانما اذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تشترط الكتابة أو الايداع لقبول الدعوى لأن العبرة فى قانون المرافعات بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة . كذلك اذا رفع طعن ولو بعد صدور القانون الجديد — عن حكم صادر فى منازعة ايجارية فانه

لا يلزم أن يكون عقد الايجار مودعا متى كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد (١).

ويجب إعمال الجزاء المتقدم ولو تعددت دعاوى من أخل بالالتزام بالايداع ، وبمجرد الايداع تقبل الدعاوى التى ترفع بعد حصوله ، ولوكانت عن مدد سابقة على الايداع .

واذا رفعت الدعوى قبل الايداع الذى تم قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، فانها تقبل وفقا للرأى الراجح فى المرافعات ـ الذى يقرر قبول الدعوى التى تخلف شرط قبولها وقت رفعها وانما تحقق قبل الجلسة المحددة لنظرها حتى لا يضار المدعى فيتحمل مصاريف دعوى جديدة يجوز قبولها فى ذات الوقت الذى يقضى فيه بعدم قبول دعواه . ومع ذلك التمشى مع وجهات النظر المتقدمة يقتضى حتما عدم قبول الدعوى كجزاء صارم لاهمال المدعى فى احترام ما تطلبه المشرع .

ولقد وفق المشرع بالنص على عدم إعمال الجزاء المتقدم اذا كان رافع الدعوى غير ملتزم بايداع عقد الايجار ، وذلك حتى لا يتحمل نتيجة المخالفة التى ارتكبها خصمه . وعندئذ يتعين على المحكمة أو اللجنة من تلقاء نفسها الحكم على المدعى عليه بغرامة لا تجاوز نصف القيمة الايجارية مقدرة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية محل العقد عن سنة واحدة .

هذا ويلاحظ أن سماع الدعوة المرفوعة ممن يكون غير ملزم بايداع عقد الايجار ، لا يحرم الخصم الآخر الذى أخل بالالتزام بالايداع من الادلاء بما يعن له من الدفوع أيا كان نوعها ، سواء أكانت موضوعية أم شكلية أم متصلة بعدم القبول ، بل أن ذلك لا يحرمه أيضاً من الادلاء بالطلبات العارضة (دعاوى المدعى عليه) متى كانت تعد من قبيل الدفاع فى الدعوى الأصلية ، لأن اخلال الخصم بالالتزام بالايداع ليس معناه حرمانه من عدالة المحكمة .

---

(١) راجع فى أثر القوانين الجديدة التى تنشىء دفعاً بعدم القبول كتاب المرافعات رقم ١ مكرراً.

٩٠ — اجراءات العرض والايداع عند امتناع المؤجر عن تسلم الايجار :

تنص المادة ٣٦ هـ من القانون المتقدم على أنه مع عدم الاخلال بالقواعد المقررة قانونا فى اثبات الالتزامات ، يجب على المؤجر أن يسلم المستأجر مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه ، خصما من الايجار ، والا كان للمستأجر أن يبرىء ذمته ، بايداع المبلغ امانة فى صندوق الجمعية التعاونية الزراعية المختصه ، مقابل ايصال . وعلى رئيس الجمعية أو من ينوب عنه أن يعرض المبلغ على المؤجر ، أو من يمثله فى التحصيل خلال خمسة عشر يوما ، من تاريخ الايداع ، فاذا رفض تسلمه أودع المبلغ خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ العرض خزانة المحكمة المختصة ، وأخطر المؤجر بذلك بكتاب موصى عليه .

وواضح من النص المتقدم أن المشرع شاء أن يبرىء ذمة المستأجر بمجرد ايداع الايجار على سبيل الامانة فى صندوق الجمعية التعاونية الزراعية وهو لا يحاسب بعدئذ عن أى اهمال . وهذا النص يخالف بطبيعة الحال القواعد المقررة فى قانون المرافعات للعرض والايداع عملا بالمادة ٧٨٦ وما يليها .

ويعتبر المستأجر قد قام بالوفاء بمجرد اتخاذ الاجراء المتقدم ولو أهمل رئيس الجمعية فى اتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة السابقة أو أهمل فى مراعاة المواعيد المذكورة بها ، بشرط أن يكون الوفاء قد حصل بكامل القيمة الايجارية .

ويلاحظ أن عرض رئيس الجمعية يجب أن يتم على يد محضر عملا بالمادة ٧٨٧ من قانون المرافعات . أما باقى الاجراءات التالية على العرض فلا يترتب ثمة بطلان عند عدم احترامها ، أو عند عدم احترام الميعاد المقرر بصددها .

هذا ويلاحظ اخيراً ، أن النص المتقدم وقد قصد به التيسير على المستأجر لا يمنعه من اتخاذ الاجراءات العامة فى العرض والايداع المقررة فى القانون المدنى وقانون المرافعات .

كما أن النص المتقدم لا يمنع المؤجر من المنازعة فى العرض والايداع وفقاً للقواعد العامة ، بأن يدعى مثلا أن المستأجر لم يودع كل القيمة الايجارية المطلوبة منه ، كل هذا مع مراعاة أحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢.

ترتيب البحث

مقدمة

الاختصاص والاجراءات فى منازعات ايجار الأماكن

الفصل الأول

الاختصاص فى منازعات الايجار

فقرة صفحة

الفصل الثانى

اجراءات رفع الدعوى ونظرها

الفصل الثالث

عدم قابلية الحكم الصادر فى منازعة الايجار لأى طعن

الفصل الرابع

القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢

وأثره فى اختصاص دائرة المساكن

الاختصاصات والاجراءات فى منازعات ايجار الأراضى الزراعية

بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢

بانشاء لجان الفصل فى المنازعات الزراعية

تمهيد

الفصل الأول

تشكيل لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية واختصاصها

الفصل الثانى

الاجراءات المقررة أمام اللجنة

فقرة | صفحة

الفصل الثالث

قرار اللجنة

صدوره – عدم قابليته للطعن – تنفيذه وحجيته

صفحة

تذييل

بشرح الاجراءات المقررة فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ بتعديل أحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى

تم ، بحمد الله ، طبع هذه المجلة
فى مطبعة جامعة الاسكندرية فى يوم السبت
٢٠ من شوال سنة ١٣٨٢ ، الموافق
١٦ من مارس سنة ١٩٦٣

شعبان السيد عبد السلام

مدير المطبعة الادارى

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

11ème ANNÉE, 1961 — 1962
Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1963